INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO

EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ
PROFESOR EMERITO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
MIEMBRO DE EL COLEGIO NACIONAL

INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO

53a. EDICION
REIMPRESION

PROLOGO DE
VIRGILIO DOMÍNGUEZ





EDITORIAL PORRUA

AV. REPUBLICA ARGENTINA, 15
MEXICO, 2002

Primera edición 1940

ISBN 970-07-1495-0

IMPRESO EN MEXICO
PRINTED IN MEXICO

"PREFACIO U HOMENAJE AL MAESTRO EDUARDO GARCIA-MAYNEZ EN OCASION DE LA QUINCUAGESIMA EDICION DE ESTA OBRA"

Jorge Carpizo.

1. El lector de esta obra se encuentra ante un hecho extraordinario, único en México y muy poco frecuente en país alguno. Un texto jurídico que alcanza su edición número cincuenta con 436,000 ejemplares vendidos. La primera edición se remonta a 1940 y hoy en día sigue siendo libro de texto en numerosas Facultades y Escuelas no sólo de México, sino de toda América Latina porque continúa joven, vigoroso, profundo y útil.

Estos párrafos no constituyen un análisis del libro; los he escrito como un homenaje, en esta celebración, en este aniversario de oro, a su ilustre autor quien en vida ya constituía un mito, un personaje de leyenda y de veneración. Redactar estas oraciones me honran y me permiten públicamente mostrar mi gran respeto a uno de los pensadores mexicanos más preclaros de este siglo. Agradecido estoy a la familia García-Máynez y a la Editorial Porrúa -también mi casa editorial- por haberme así honrado.

2. En 1934, al reformarse el programa de estudios de la Facultad de Derecho -la entonces antigua y siempre erguida Escuela Nacional de Jurisprudencia- se incluyó como materia del primer año la "Introducción al Estudio del Derecho", de acuerdo con las tendencias más modernas de esa época y cuya finalidad era y es otorgar al estudiante novel en esa carrera profesional un panorama de conjunto de la misma, que incluya el análisis de los conceptos generales del Derecho y los diversos aspectos de la técnica jurídica.

En esos años los textos escolares en el mundo respecto a esta nueva disciplina académica no eran abundantes. En México, únicamente unos cuantos profesores de Derecho habían escrito sus textos y respecto a esta novedad sólo existían los apuntes de clase de don Trinidad García que se habían editado en 1938 y que eran incompletos como él mismo manifestó.

Don Eduardo García-Máynez, a los 32 años, publicó su segunda obra, ésta que el lector tiene en sus manos y en la cual han y hemos aprendido dicha materia -fundamental en la carrera de Derecho- decenas de miles y miles de estudiantes de habla española y portuguesa de diversas disciplinas, pero -al mismo tiempo- es obra también valiosa para los especialistas de la misma.

¿Por qué este libro después de cincuenta y ocho años de haber visto la primera edición sigue vigente y seguirá siendo libro de texto en tantas instituciones educativas?

Realizo varias afirmaciones que el nuevo lector de la misma -porque es una obra que se relee y se vuelve a leer- fácilmente podrá corroborar: es completa, es decir abarca todos los temas que integran la disciplina en cuestión; es profunda pero a la vez es fácil de comprender, porque se escribió con un sentido didáctico; su lenguaje es claro y sencillo; despierta interés por los problemas que aborda y siembra inquietudes intelectuales en la carrera profesional que se ha decidido cursar, la cual no se circunscribe sólo a la de Derecho.

Además, es una obra de creación en la cual el autor repasa doctrinas, les realiza críticas y propone nuevas ideas y teorías. Realmente que difícil es conjugar un libro de gran envergadura intelectual y, a su vez, sencillo y con sentido pedagógico. Fácil resulta efectuar estas afirmaciones pero miles, miles y más miles de estudiantes y lectores podrían hacerlas y corroborarlas. De aquí su singular éxito. De aquí su "popularidad". De aquí que se ha constituido en modelo de textos en la materia. De aquí que sea una obra clásica del Derecho en América Latina.

El maestro García-Máynez lo redactó y lo ofreció como un libro de texto para los estudiantes. Este fue su objetivo, el cual destacó en octubre de 1972 en una entrevista que le hizo el doctor Eusebio Castro: "...Larroyo y yo, deseosos de servir a la juventud estudiosa, hemos escrito obras de texto que se han difundido mucho". El propio Maestro fue muy claro: el libro comentado es un texto escolar dedicado a la juventud, escrito especialmente para su provecho académico, pero -agrego- ha sido y es muy útil a cualquier edad. Yo, recurro a él cuando necesito precisar algún concepto jurídico que los años me han empolvado y conozco que así lo hacen también muchos abogados dedicados a las más diversas actividades.

3. "Introducción al Estudio del Derecho", su segundo libro, es en consecuencia una obra de juventud pero, al mismo tiempo, de madurez intelectual. Es fundamentalmente un texto escolar. No es el mejor libro del Maestro García-Máynez ni el más profundo

ni el más creativo, pero es el que más se ha leído y el que ha ayudado eficazmente a la formación de generaciones y generaciones de abogados. Es el libro que el Maestro esccribió para sus alumnos y que jamás imaginó que iban a ser decenas de miles en muchos y variados países.

Don Eduardo García-Máynez como investigador y creador ha dejado una huella profunda con obras trascendentes que han merecido el reconocimiento internacional. Fue un gran jurista, un gran filósofo, pero fundamentalmente un gran humanista.

4. El joven García-Máynez se inscribió en la Universidad Nacional para cursar la carrera de química y muy pronto se percató que esa no era su vocación y resolvió estudiar Derecho. En esa facultad las clases de Sociología y Teoría General del Derecho eran impartidas por don Antonio y don Alfonso Caso, respectivamente, las cuales le produjeron un fuerte impacto, mismo que lo decidió a escuchar los cursos de filosofía, lógica y epistemología, en la entonces Escuela de Altos Estudios -hoy Facultad de Filosofía y Letras-, cuyos titulares eran esos dos ilustres universitarios. Don Eduardo siempre los reconoció como los dos maestros mexicanos que mayor huella le dejaron y quienes despertaron en él, su amor por los estudios jurídicos-filosóficos.

A don Antonio le tuvo especial respeto y aprecio; coleccionó incluso los artículos periodísticos de su maestro y entre sus documentos personales guardó páginas de diversos periódicos que narran el sepelio de tan distinguido pensador.

El 26 de junio de 1930 se recibió como Licenciado en Derecho con una tesis en donde examina las relaciones entre Derecho y Moral.

En aquellos años era muy difícil tener la oportunidad de proseguir estudios de posgrado en el extranjero. No existían becas ni organismos que apoyaran este tipo de estudios. La madre de don Eduardo vendió una propiedad para que su hijo pudiera trasladarse a Berlín y a Viena en 1932. En la primera de estas ciudades se encontró con otro gigante del pensamiento jurídico y también humanista don Mario de la Cueva.

Don Eduardo nos dejó el testimonio de que en la Universidad de Berlín el catedrático que más le influyó fue Nicolai Hartmann fundamentalmente por sus obras de carácter axiológico. En aquellos años también enseñaban en esa ilustre Universidad Baumgarten, Spranger y Schmitt. Stammler no hacía mucho que se había jubilado y se había retirado al campo a reflexionar.

En Berlín don Eduardo literalmente se encerró a estudiar con verdadero frenesí. Don Mario de la Cueva me narró que estudiaba un promedio de dieciseis horas diarias

incluídos los fines de semana. Don Mario pasaba a saludarlo y a invitarlo a diversos espectáculos; casi nunca aceptó aunque se tratara de conciertos que le fascinaban. Esos años berlineses fueron musicalmente espléndidos, la Filarmónica de Berlín estaba dirigida por Wilhelm Furtwängler.

En Viena, el maestro que lo impactó fue Alfred Verdross a quien escuchó sus cursos de Introducción al Estudio del Derecho y de Filosofía Jurídica y quien influyó en su primera obra "El Problema filosófico jurídico de la validez del Derecho".

5. A fines de 1933 regresó a México. Antes de su viaje de estudios a Europa y después de su recibimiento profesional trabajó en Monterrey como defensor de oficio en el ámbito federal.

En 1934 se desempeñó como abogado en el departamento consultivo de la Procuraduría General de la República y a partir de 1935 y hasta 1944 fue secretario de estudio y cuenta del Ministro Alfredo Iñárritu en la cuarta sala de la Suprema Corte de Justicia. En esa misma sala, también se encontraba con cargo similar, pero adscrito a otro ministro, don Mario de la Cueva. Estos dos ilustres maestros tuvieron una vida paralela: en estudios, en cargos universitarios, en su amor por la investigación y la docencia, en su entrega total a la Universidad Nacional. Fueron muy buenos amigos. En otra ocasión he escrito que cuando don Mario tenía algún problema personal o alguna duda académica, en varias ocasiones le escuché decir: ¿con quién comentaré esto? Invariablemente se contestaba "con Eduardo".

La experiencia de ambos Maestros en la Suprema Corte les fue muy útil para sus estudios jurídicos y filosóficos. Otro gran Maestro e investigador, don Héctor Fix-Zamudio, que tuvo igual cargo que aquéllos en ese Alto Tribunal, refiriéndose a ellos, manifestó: "Puedo señalar, en virtud de que también tuve esta experiencia, que la misma es muy enriquecedora para conocer la eficacia de las normas jurídicas a cuyo conocimiento contribuyeron tanto esos dos ilustres humanistas mexicanos".

6. En 1934 comenzó su actividad docente en la hoy Facultad de Filosofía y Letras en las materias de Etica y Filosofía Griega; en la de Derecho enseñó Filosofía Jurídica e Introducción al Estudio del Derecho, muy posteriormente impartió durante algunos años la cátedra de Filosofía del Derecho. Durante varias épocas enseñó dichas disciplinas aunque cada día se fue dedicando más a la investigación.

Fue subdirector de la Facultad de Filosofía y Letras y de 1940 a 1942 su Director; en 1953 volvió a ocupar este último cargo.

Especialmente en su primer período como Director, don Eduardo desplegó con todo esplendor su espíritu creador: fundó en 1940 el Centro de Estudios Filosóficos -hoy Instituto de Investigaciones Filosóficas- del cual fue durante veinte años su director -de 1945 a 1965- al lograr, en los últimos días de 1944, que dicho Centro se separara de la Facultad de Filosofía y alcanzara su autonomía. Creó las publicaciones periódicas: "Boletín Bibliográfico" y "Filosofía y Letras" la cual dirigió durante sus dos primeros años. Comenzaron a editarse las series de "Monografías Jurídicas" y "Monografías Filosóficas", así como la "Colección de Textos Clásicos de Filosofía" y los "Cuadernos del Centro de Estudios Filosóficos", que publicaron libros claves del pensamiento universal de esa disciplina.

Ya como director del Centro autónomo, creó el prestigiado Anuario "Diánoia" y la "Colección de Diánoia" que editó muy importantes libros durante su período en ese cargo.

Desempeñó la Secretaría General de la Universidad en dos ocasiones consecutivas durante los rectorados de don Alfonso Caso y de don Genaro Fernández Mac Gregor.

Don Eduardo García-Máynez fue un gran creador de empresas académicas y universitarias que perduran en nuestros días. Su aliento vivificador se siente cotidianamente en ellas.

Se entregó plenamente a su Universidad a la cual ofrendó todo lo que era, en la misma encontró la atmósfera e instrumentos para desarrollar una de las carreras académicas más brillantes de este siglo mexicano. En su Casa de Estudios desempeñó diversos papeles: funcionario académico llegando a ocupar el segundo lugar en su jerarquía de autoridad, creador de instituciones, editor de obras importantes, investigador, catedrático, voz moral y orgullo de la misma. En síntesis: un gran humanista.

Su Universidad Nacional lo distinguió con los máximos honores que otorga: fue el primer académico en toda su historia que fue designado, a la vez, investigador y también profesor eméritos, en 1968 y 1973, respectivamente.

En 1978 le otorgó el grado de Doctor Honoris Causa y en 1987 el premio Universidad Nacional.

Sus inquietudes universitarias lo llevaron a presentar al presidente Manuel Avila Camacho y al secretario de educación Octavio Véjar Vázquez, un proyecto para fundar cinco universidades regionales -para que la única gran Universidad no fuera la Nacional-

idea inspirada en don Justo Sierra. Las autoridades mencionadas vieron con simpatía ese proyecto el cual fue detenido por intereses diversos. Don Eduardo se sentía satisfecho que del proyecto de la Universidad del Norte nació la idea del Instituto Tecnológico de Monterrey.

Como profesor fue magnífico porque también era un espléndido expositor que captaba completamente la atención de los alumnos. Cuidaba mucho sus expresiones, se preocupaba por ser claro y preciso, pero expresadas en forma bella. Sus clases de una hora de duración parecían de diez minutos. El tiempo corría y el alumno deseaba que se detuviera para seguir escuchando al Maestro.

Sus lectores podrán comprobar su gran preocupación por un empleo correcto y elegante del lenguaje.

Su palabra fue escuchada más allá de su Universidad en muchas instituciones del interior del país, pero también impartió un número incontable de conferencias en universidades de toda América y de Europa.

Fue el primer director -ahora Rector- del Instituto Tecnológico de México - hoy ITAM- de 1946 a 1952. Así mismo, condujo el Instituto Cultural Mexicano- Alemán Alejandro de Humbolt que formaba parte de la Embajada Alemana.

De los párrafos anteriores se desprende que don Eduardo García-Máynez fue un gran creador, un gran universitario, un gran maestro, un gran investigador, un gran director de instituciones académicas y de cultura. Si sólo lo pudiera describir con dos palabras, diría: un gran humanista. Humanista antes que todo. Humanista sobre todo. Un inmenso humanista. Humanista universitario de la estatura de Antonio y Alfonso Caso, Alfonso Reyes, José Vasconcelos, Mario de la Cueva, Samuel Ramos, Antonio Gómez Robledo, Ignacio Chávez, José María Garibay, Jaime Torres Bodet, para no citar a ninguno de los que aún viven para nuestra fortuna.

7. Don Eduardo García-Máynez fue un ilustre jurista. Fue un ilustre filósofo; declaró que acudió a la Filosofía para entender mejor el Derecho y que deseó ser jurista para "convertir en asunto de meditación filosófica una realidad que hunde sus raíces en las necesidades y afanes de la vida práctica".

Ser un gran filósofo del Derecho es muy difícil porque resulta indispensable dominar ambas disciplinas que son complicadas y extensas. Don Eduardo lo logró, colocándose como uno de los grandes pensadores en dicha disciplina y quien influyó en importantes autores extranjeros.

Creyó en la objetividad de los valores aunque -afirmó- su conocimiento dista de ser perfecto por la "estrechez del sentido de lo valioso" -de acuerdo con la expresión de Nicolai Hartmann-. Las diferencias entre las valoraciones de diversos hombres, sociedades y épocas se deben precisamente a esa limitación del conocimiento estimativo.

Don Eduardo, en el discurso que pronunció en la ceremonia de su recepción como miembro de El Colegio Nacional el 28 de abril de 1958, se refirió a la evolución de sus intereses académicos:

"Los tópicos que desde mis años de estudiante atrajeron principalmente mi atención fueron los de carácter axiológico. A ellos dediqué mis primeros afanes, y el amor a estas cuestiones es todavía patente en un libro que vio la luz en 1948".

El Maestro se preocupó por la aproximación del Derecho y la Etica en virtud de que la moral y lo legal, aunque independientes y diversos, no pueden ignorarse uno al otro, ni mucho menos puede considerarse que son incompatibles, y es la noción de justicia, sobre el fundamento y el apoyo de la teoría de los valores, la que conecta, la que sirve de camino comunicador a estas dos áreas del conocimiento humano y a las disciplinas que la estudian.

En el citado discurso -que fue realmente una cátedra- expresó cómo y por qué se interesó en la Lógica Jurídica y en la Ontología Formal del Derecho, cuyos frutos fueron obras muy importantes que contribuyeron en mucho a la gran fama del Maestro. Dijo que desde sus años europeos se preocupó por el pensamiento de Kirchmann quien le negó a la jurisprudencia todo valor científico, en virtud de que la ley positiva "es mero arbitrio" y, en consecuencia, puede violentar e infringir los principios del ius naturae. De Kirchmann lo que se recuerda es principalmente una oración: "tres palabras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura",

Pues bien, la preocupación de don Eduardo fue de mostrar que la ciencia jurídica tiene carácter científico, y a partir de este principio desarrolló trascendentales teorías:

"Al redactar en 1939, mi ensayo Libertad, como Derecho y como Poder, pude percatarme, con no escasa satisfacción, de que en el ámbito del derecho existen -contrariamente a lo que Kirchmann suponía- ciertas legalidades de naturaleza apriorística y valor universal, que escapan por completo al arbitrio del autor de la ley".

Principios como: "todo lo jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido" o "lo que está jurídicamente permitido pero no jurídicamente prescrito puede libremente hacerse u omitirse", expresan conexiones de esencia entre las varias formas de la conducta que el derecho regula (lo permitido, lo prohibido, lo ordenado y lo potestativo) y valen, a fortiori, para todo orden jurídico, independientemente de los contenidos históricos de cada sistema.

Al descubrir estas legalidades comprendí que -por su mismo carácter de verdades de razón- no podían ser vulneradas por los órganos legislativos. Pues aun cuando cualquier Parlamento esté en condiciones de vedar hoy lo que ayer permitía o de convertir en potestativo un comportamiento que antes era obligatorio, no puede, aunque se lo proponga, impedir que la conducta no prohibida jurídicamente esté jurídicamente permitida, o que la jurídicamente obligatoria sea, a la vez, conducta lícita".

Los principios ontológico-jurídicos no son normas expedidas por el legislador, sino "verdades de razón" -en la acepción leibniziana-, no son útiles para resolver problemas prácticos, sino que son lo inmutable y lo científico que existe en la teoría jurídica; por tanto -afirma- su tipo de validez no difiere del que tienen los teoremas de Euclides para el orden geométrico y, en consecuencia, no pueden se reformados o alterados por ningún legislador.

Los esfuerzos por tratar de demostrar que el Derecho es una disciplina científica y dotarlo de la estructura e instrumentos para analizarlo con tal carácter, deben mucho al Maestro García-Máynez. Algunos de los grandes pensadores de la Teoría General del Derecho también manifestaron, casi simultaneamente, preocupaciones similares.

Otro gran tema que había inquietado al Maestro fue el de la justicia. Deseaba leer a los autores griegos clásicos en su idioma original. Pasados los sesenta años se puso a estudiar griego clásico. El, el gran Maestro, el gran personaje universitario, regresó al salón de clases como estudiante en el seminario de textos griegos que impartía Bernabé Navarro quien, por cierto, siempre estuvo cerca de don Eduardo.

Logró su cometido y con esa herramienta -la traducción espléndida del griego clásico- se abocó a estudiar y a comentar las teorías sobre la justicia de Aristóteles y de Platón en cuatro espléndidos libros de especial belleza.

Así regresó a sus preocupaciones por la Etica y sus relaciones con el Derecho. Comenzó sus investigaciones y las terminó con las de carácter axiológico.

Cuando sus fuerzas físicas comenzaban a debilitarse, una de su mayores

preocupaciones era dejar inconcluso el tomo tercero sobre la justicia en Platón, lo que afortunadamente para nosotros no aconteció; dicho tomo vio la luz en 1988. Aún tuvo tiempo para publicar al año siguiente el libro: "Semblanzas, discursos y últimos ensayos filosóficos-jurídicos".

8. La obra escrita que nos legó es inmensa en calidad y cantidad. Citaré las que todavía no he mencionado y que considero muy importantes:

De su primeros años productivos: "Libertad, como derecho y como poder", "Etica" y "La definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico".

Sus libros sobre lógica jurídica: "Introducción a la lógica jurídica", "Los principios de la Ontología Formal del Derecho y su expresión simbólica", "Lógica del Juicio Jurídico" y "Lógica del Concepto Jurídico".

Respecto al pensamiento kelseniano: "Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo", y "Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica".

Regresó a sus inquietudes jurídicas estrechamente vinculadas con la filosofía: "Filosofía del Derecho" y "Diálogos Jurídicos".

Sus obras sobre la justicia en filósofos griegos clásicos: "Doctrina aristotélica de la justicia. Estudio, selección y traducción de textos" y "teorías sobre la justicia en los diálogos de Platón", tomos I, II y III.

Su bibliografía abarca la publicación de folletos; antologías -de los dos Caso-; incontables artículos publicados en prestigiadas revistas especializadas de muchos países de América Latina y de Alemania, Austria, Estados Unidos e Italia y numerosas reseñas bibliográficas.

Varios de sus libros y artículos fueron traducidos al inglés, alemán, francés e italiano.

Todavía le alcanzaba el tiempo para traducir libros y artículos del alemán y del inglés. Al respecto destaco la traducción de obras que han servido en forma extraordinaria a los lectores y estudiosos de lengua española: "Concepto y formas fundamentales del derecho. Esbozo de una teoría formal del derecho y del Estado sobre base fenomenológica" de Fritz Schreier; "Economía y Sociedad" de Max Weber en la parte correspondiente a la Sociología del Derecho en su tomo III; y "Teoría General del Derecho y del Estado" de Hans Kelsen.

Parece increíble que una existencia haya sido suficiente para escribir una obra tan monumental desde todos puntos de vista. Para ello es indispensable que se conjuguen diversos factores -lo cual excepcionalmente acontece-; talento, preparación, dedicación,

entrega apasionada, disciplina, organización y amor a la cultura y a la ciencia. El Maestro reunió todas esas virtudes y el resultado es una obra extraordinaria que nos regala, para nuestro júbilo, a juristas, filósofos y a todos aquellos interesados en la cultura.

9. La obra de don Eduardo ha atraído la atención de numerosos juristas y filósofos. Hans Kelsen se refería a él con respeto.

Cito únicamente dos de los más importantes ensayos sobre su pensamiento: el profesor de la Universidad de Turín, Norberto Bobbio escribió un artículo intitulado "La Logica Giuridica di Eduardo García Máynez", que se publicó en Milán y la profesora de la Universidad de Génova Raffaela Petraroli redactó un ensayo sobre "L'Ontología Formale del Diritto di Eduardo García Máynez".

10. Además de los premios que recibió y a los cuales ya me he referido, vale la pena destacar algunos otros: México lo distinguió con los máximos honores que confiere: miembro de El Colegio Nacional, el Premio Nacional de Filosofía y la medalla Belisario Domínguez.

A ellos se suman muchos otros, tales como: Catedrático honorario fundador de la Facultad de Humanidades de la Universidad de San Carlos de Guatemala, profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima, presidente honorario de la Sociedad Mexicana de Filosofía, premio Elías Sourasky de Ciencias, premio anual de Derecho Jorge Sánchez Cordero.

11. Me refiero ahora a don Eduardo García-Máynez, al ser humano; a algunas fases personales de este hombre excepcional.

Como todo hombre verdaderamente inteligente fue modesto. Le disgustaba que lo lisonjearan. Se conocía bien así mismo y ello le brindaba equilibrio interno. Las siguientes palabras lo dibujan muy bien:

"...nunca me he sentido un maestro, ni he tratado de formar discípulos, aun cuando por mis aulas hayan pasado tantos jóvenes. Creo, en efecto, que únicamente soy, y sólo he querido ser, durante mis largos años de vida universitaria, un inquieto y tenaz estudiante..."

El Maestro fue un hombre muy educado y amable, quienes nos acercamos a él para hacerle consultas de la más diversa índole, siempre lo encontramos dispuesto a escucharnos y a orientarnos. Ciertamente a veces parecía distante y hosco pero ello se debía a que tenía una personalidad recia y un carácter fuerte y como estaba precedido de una fama de sabio -bien ganada y cierta- imponía y no todos los estudiantes tenían el valor de abordarlo, pero aquellos que lo hicimos encontramos un ser humano sencillo, generoso y cordial.

Transcurridos los años, tuve el especial privilegio de tratarlo de cerca y de comer con él y con don Fernando Flores García; a veces también nos acompañó don Héctor Fix-Zamudio, mi querido Maestro y amigo. Fueron veladas deliciosas que mucho disfruté; platicamos de las actualidades internacionales y nacionales, de libros, de cine pero especialmente de la Universidad Nacional, eran tiempos muy difíciles para la Casa de Estudios y don Eduardo estaba muy preocupado y afligido. En los largos años en los cuales me desempeñé como funcionario universitario, cuantas veces recurrí a él para un consejo o para una opinión, siempre lo encontré dispuesto a colaborar con su Universidad y conmigo.

Regreso a la evocación de esas comidas para decir que en ellas me percaté de que tenía un fino sentido del humor y una risa franca. ¡Cómo gocé esas horas juntos! También me dí cuenta de que le gustaba disfrutar de la buena mesa.

Entre sus aficiones más apreciadas estaban la música clásica, la ópera, el cine y la literatura, especialmente la francesa. También le agradaba viajar y lo hizo mucho por razones de trabajo; así mismo, realizó viajes de placer con su esposa especialmente a Europa y era incansable para visitar todo aquello que representaba la cultura de esos países y esas ciudades.

Entre sus amigos más cercanos se pueden citar a don Christian Ortega, don Juan Olaguíbil, don Antonio y don Alfonso Caso, don Mario de la Cueva, don José Vasconcelos, Frida Kahlo, don Luis Recaséns Siches, don Eduardo Couture, don Joaquín y don Ramón Xirau, don Fernando Flores García. don Bernabé Navarro, don Rafael Moreno.

Su ambiente familiar fue tranquilo y sereno; su señora siempre lo respaldó y lo ayudó a resolver los problemas prácticos que se presentan en cualquier hogar.

Fue un hombre que llevó una vida ordenada; gozó de muy buena salud hasta unos años antes de morir. Como todo ser humano tuvo dolores y fuertes contrariedades, aflicciones y penas profundas, como la pérdida de su hijo primogénito, pero tuvo también

muchas, pero muchas satisfacciones en su espléndida y luminosa carrera académica y universitaria, como intelectual y como humanista.

Fue fiel a su vocación y trabajó con fervor en lo que más le gustaba. En una ocasión alguién le comentó: -Maestro, trabaja usted demasiado y arduamente, realiza demasiados esfuerzos al dedicarle tantas horas al estudio.

Don Eduardo le contestó -palabras más, palabras menos-: no realizo ningún esfuerzo porque mi trabajo me proporciona placer.

Fue realmente una vida plena. Una estrella que brilló y brilla. Está con nosotros a través de su obra monumental. El mejor y más importante homenaje que cotidianamente recibe es que se le continua leyendo y estudiando.

Falleció apaciblemente el 2 de septiembre de 1993, a los 85 años.

12. Estudiante, tú que comienzas a hojear este libro clásico del Derecho, tú que verificarás lo útil que te va a ser, lo claro y sencillo de su redacción y lo profundo de su pensamiento, recuerda que el Maestro García-Máynez lo escribió para los alumnos, para personas como tú.

Es muy probable que sientas la inquietud y la inclinación por continuar leyendo obras del Maestro. Muy provechoso te sería el estudio de su "Etica"; posteriormente, podrías leer algunos de su libros de creación, en los cuales mostró su maestría científica, como sus cuatro obras sobre la lógica jurídica. Si quieres gozar del rigor científico, del brío académico, aunado a la belleza, los tres tomos sobre la justicia en los diálogos de Platón te satisfarían plenamente.

La fructífera vida de don Eduardo García-Máynez nos deja múltiples enseñanzas: nada substituye el esfuerzo personal en esta existencia durante la cual siempre continuamos siendo un estudiante; cualquier labor hay que realizarla al máximo de nuestras capacidades, hacerla lo mejor que podamos; hay que ser fieles a nuestra vocación porque si así lo hacemos, ello será fuente continua de alegría interna; hay que darnos, hay que ser útiles a los demás en cualquier actividad que desarrollemos; la falta de modestia sólo prueba la carencia de inteligencia; conducir una vida digna, honorable y honesta ayuda en mucho a conseguir una cierta felicidad en la existencia; hay que ser leal consigo mismo; hay que tener y cultivar convicciones; hay que saber defender instituciones como las universidades que son el motor para el avance del conocimiento.

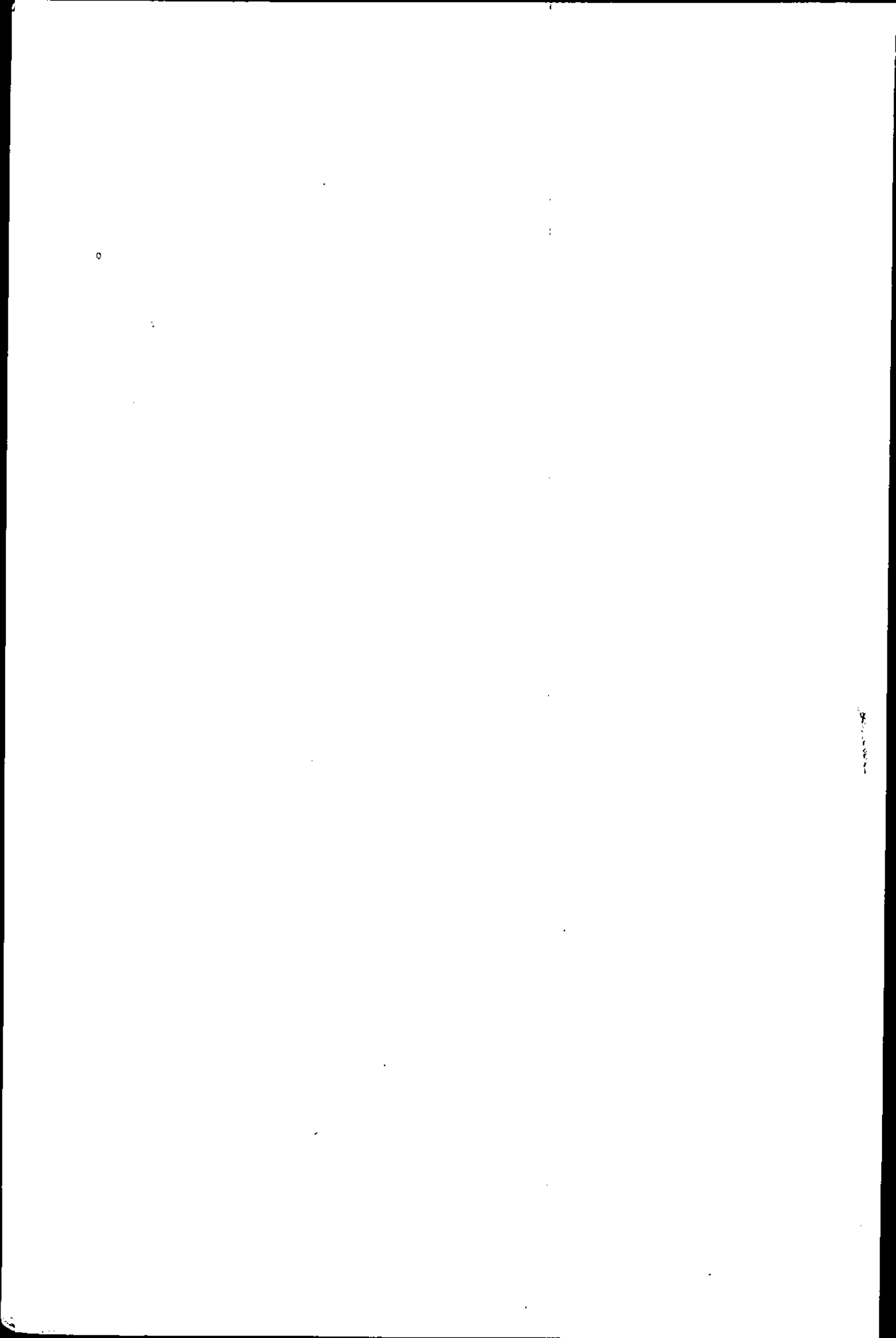
Y hoy, a cincuenta y ocho años que se publicó la primera edición de "Introducción al Estudio del Derecho" del Maestro Eduardo García-Máynez, somos muchos los que

festejamos su aniversario de oro: las cincuenta ediciones, hecho insólito en la literatura jurídica de América Latina; celebramos este hermoso acontecimiento y a su ilustre creador: don Eduardo García-Máynez. Somos muchos los que rendimos homenaje al investigador, al maestro, al creador de instituciones, al universitario, al jurista, al filósofo, al hombre, pero, especialmente y sobre todo al humanista. ¡Qué vivo se encuentra el pensamiento del Maestro! ¡Qué joven son sus principales teorías! ¡Qué inquietas resuenan sus ideas!

Resulta imposible no asociar en este homenaje al editor de este libro y de gran parte de la obra del Maestro, la Editorial Porrúa Casa que tanto ha hecho por la cultura mexicana y a la cual, a sus fundadores y a sus diversos directores, los mexicanos y los latinoamericanos tanto les debemos.

Don Eduardo García-Máynez, maestro de generaciones y más generaciones, ¡Presente!

Cd. Universitaria del Pedregal, D.F.
octubre de 1998.



PROLOGO A LA PRIMERA EDICION

El objeto de las siguientes palabras es presentar la obra del señor licenciado don Eduardo García Máynez, titulada INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. *Si se tratara de un libro concerniente a una de las disciplinas jurídicas especiales, como el derecho civil, el penal, el mercantil, etc., la presentación consistiría en referirse directamente a la obra. Pero como se trata de un libro relativo a una asignatura nueva en la Facultad de Derecho y poco conocida en nuestro medio jurídico, antes de ocuparse del texto es menester hablar de la materia a que se refiere. Sólo así es posible advertir la importancia de aquél.*

La Introducción al Estudio del Derecho tiene como objeto tres puntos básicos, que son: a) *Ofrecer una visión de conjunto del derecho:* b) *Estudiar los conceptos generales del mismo; y* c) *Discutir los problemas de la técnica jurídica. Estos tres puntos constituyen su objeto de conocimiento. Su interés se pone de relieve haciendo consideraciones sobre cada uno de ellos.*

Por lo que respecta al punto a), su importancia es obvia. Es indispensable ofrecer a los alumnos que se inician en las materias jurídicas una visión de conjunto del derecho. Necesario es que éstos tengan, antes de abordar el estudio de las disciplinas jurídicas especiales, una noción del derecho, de sus fuentes, de la clasificación de las normas jurídicas, de las ramas del derecho positivo, de las materias que las estudian, de los problemas de cada una de ellas, y así sucesivamente. Sólo poseyendo estas nociones previas podrán cursar con éxito la carrera de abogado. Sin el conocimiento de la nomenclatura jurídica usual y de los problemas fundamentales del derecho, la tarea resulta muy difícil. El tránsito de la Escuela Nacional Preparatoria a la Facultad de Derecho es demasiado brusco, por la diversidad de los estudios que en ellas se hacen, sirviendo la Introducción al Estudio del Derecho como puente entre ambos ciclos educacionales.

Por lo que toca al punto b), *su importancia se justifica por otro orden de consideraciones. Existen en el derecho dos clases de conceptos: los generales y los particulares. Aquéllos se aplican a todas las ramas del*

derecho. Éstos tan sólo a determinadas divisiones del mismo. Como ejemplos de los primeros podemos citar los de persona, hecho jurídico, sanción, etc. Como ejemplos de los segundos, los de acto de comercio, delito, huelga, etc. En tanto que los conceptos generales se aplican a todas las ramas del derecho, como ocurre con los de persona, hecho jurídico y sanción, que lo mismo se aplican al derecho civil, que al penal, al mercantil o a cualquiera otra división; los particulares sólo se aplican a determinadas ramas del derecho, como ocurre con el de acto de comercio, que sólo se aplica al derecho mercantil; el de delito, que sólo se aplica al derecho penal, o el de huelga, que sólo se aplica al derecho del trabajo. Ahora bien, corresponde a la Introducción al Estudio del Derecho la exposición de los conceptos generales del Derecho y a las disciplinas jurídicas especiales el estudio de los conceptos particulares. Obvio resulta afirmar que sin el conocimiento de los conceptos generales no es posible pasar al estudio de los particulares.

Por lo que mira al punto c), *su importancia se justifica por razones semejantes a las anteriores. La ciencia del derecho consta de dos partes: la sistemática y la técnica jurídicas. La primera tiene como objeto la exposición ordenada y coherente de un derecho positivo determinado. La segunda, estudiar los problemas que se suscitan con motivo de la aplicación del derecho, a saber, los de interpretación, integración, vigencia, retroactividad y conflictos de leyes. La sistemática jurídica se estudia por medio de las disciplinas jurídicas especiales. La técnica jurídica por medio de una materia general que es la Introducción al Estudio del Derecho. Por lo demás, no es posible que las disciplinas jurídicas especiales estudien los problemas de la técnica jurídica, toda vez que dichos problemas no se plantean con respecto a una rama determinada del derecho, sino con relación a todas ellas, constituyendo cuestiones generales que deben ser tratadas por una materia general.*

La necesidad de una materia general en la que se ofreciera una visión de conjunto del derecho, se estudiaran los conceptos generales del mismo y se discutieran los problemas de la técnica jurídica, fue la que determinó la creación de la Introducción al Estudio del Derecho. Antes de esto el vacío existente se llenaba en las Escuelas de Jurisprudencia con la parte del primer curso de derecho civil denominada Introducción. Esta parte no llenaba su objeto, por ser incompleta, por ser elemental y por ser extraña a la disciplina a la que estaba vinculada. En efecto, la Introducción del primer curso de derecho civil era incompleta, porque no ofrecía una visión de conjunto del derecho, ni estudiaba los conceptos generales del mismo, limitándose tan sólo a discutir los problemas de la técnica jurídica. Era elemental, porque incluso al estudiar dichos pro-

blemas no lo hacía en toda su extensión doctrinaria, lo cual se explica porque su finalidad era tan sólo la de comentar el capítulo preliminar de la ley civil. La prueba de ello la encontramos en el hecho de que, comúnmente, en los tratados de derecho civil sólo se dedican unas cuantas páginas a lo que se llama parte general. Además, era extraña a la materia a la que se le había vinculado, toda vez que el derecho civil es una disciplina especial, por cuyo motivo debe limitarse a estudiar la rama del derecho privado que constituye su objeto de conocimiento, a la que es obvio que no pertenecen los problemas de la técnica jurídica.

Sin embargo, el hecho de que el capítulo preliminar de los códigos civiles se ocupe de los problemas de la técnica jurídica y los tratados de derecho civil dediquen una parte general a los mismos, han hecho creer que corresponde al derecho civil el estudio de dichos problemas. Esta estimación es errónea. Los problemas de la técnica jurídica, que son los de interpretación, integración, vigencia, retroactividad y conflictos de leyes, no son problemas de derecho civil, sino que se plantean con respecto a todas las ramas del derecho, por cuyo motivo deben ser estudiados por una materia general. El que los códigos civiles se ocupen de ellos se debe a que, dada la excepcional importancia que tienen los problemas de la técnica jurídica, el legislador tenía que reglamentarlos, habiendo colocado las disposiciones respectivas en el Código Civil por ser éste con el que se inició la obra de codificación a partir del Código Napoleón. Y el que los tratados de derecho civil dediquen una parte general a dichos problemas se debe a que como su finalidad es la de comentar la ley civil, tenían que ocuparse de ellos, por estar reglamentados en el capítulo preliminar de la misma. Pero estas circunstancias de hecho no demuestran que corresponda al derecho civil el estudio de los problemas de la técnica jurídica. Dicho estudio corresponde a una materia general que es la Introducción al Estudio del Derecho.

Las razones expuestas motivaron que diversas Facultades de Derecho como las de Viena, Buenos Aires, La Habana, Lima, Tucumán, Guatemala, etc., incluyeran la Introducción al Estudio del Derecho en sus respectivos planes de estudios. La nueva materia ha dado origen a una literatura abundante. Entre las principales obras publicadas pueden citarse las siguientes: Gustavo Radbruch, Introducción a la Ciencia del Derecho; *Claude du Pasquier,* Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit; *Julien Bonnecase,* Introduction à l'Étude du Droit; *Gaston May,* Introduction à la Science du Droit; *Theodor Sternberg,* Introducción a la Ciencia del Derecho; *Enrique R. Aftalión y Fernando García Olano,* Introducción al Derecho; *José Lozano Muñoz,* Introducción al Derecho; *Karl Gareis,* Introduction to the Science of Law.

Ya nadie pone en duda la necesidad de que la Introducción al Estudio del Derecho figure en el plan de estudios para la carrera de abogado.

La innovación llegó a México recientemente. El año de 1934, siendo Rector de la Universidad Nacional el señor licenciado don Manuel Gómez Morín, Director de la Facultad de Derecho el señor licenciado don Trinidad García, y Secretario de la misma el señor licenciado don Juan José Bremer, se reformó el plan de estudios, estableciéndose la cátedra de Introducción al Estudio del Derecho en el primer año de la carrera y la de Filosofía del Derecho en el último. De esta suerte, nuestro plan de estudios está de acuerdo con el pensamiento jurídico moderno, y su estructura consta de tres partes fundamentales, que son: una materia preliminar, la Introducción al Estudio del Derecho; un conjunto de asignaturas que forman el cuerpo de la enseñanza, las disciplinas jurídicas especiales, y una materia cumbre, la Filosofía del Derecho, que constituye el remate de los estudios profesionales.

Explicados los antecedentes de la Introducción al Estudio del Derecho, paso a referirme al libro del señor licenciado García Máynez. Éste consta de cuatro partes, que se titulan: la Noción del Derecho, las Disciplinas Jurídicas, los Conceptos Jurídicos Fundamentales y la Técnica Jurídica. En la primera y segunda partes se ofrece una visión de conjunto del derecho. En la tercera se estudian los conceptos generales del mismo. Y en la cuarta se discuten los problemas de la técnica jurídica. Por tanto, se trata de una obra completa, toda vez que se ocupa de los tres puntos básicos objeto de la materia.

En la primera parte, el autor examina el problema de la noción del derecho, y para el efecto la distingue de otros conceptos que se le asemejan, tales como los de ley natural, norma moral y convencionalismos sociales. La parte mencionada incluye un capítulo referente a las fuentes del derecho y otro relativo a la clasificación de las normas jurídicas. El tema central, o sea el de la noción del derecho, no se examina en toda su extensión doctrinaria, por corresponder dicho estudio a la filosofía del derecho. Pero se examina en sus aspectos fundamentales, de indispensable conocimiento para el alumno que se inicia en los estudios jurídicos, concluyendo García Máynez que la solución del problema del concepto del derecho depende de la acepción en que se tome el vocablo, para lo cual propone una nueva clasificación. En la segunda parte, el autor se ocupa de las disciplinas jurídicas. Examina las disciplinas jurídicas fundamentales, o sean la ciencia del derecho, la teoría general del derecho y la filosofía del derecho; y las disciplinas jurídicas auxiliares, o sean la sociología jurídica, la historia del derecho y el derecho comparado. Esta parte es particularmente interesante, porque se ocupa

de temas que no se estudiaban antes de que se creara la Introducción al Estudio del Derecho, y porque muestra cómo un objeto de conocimiento tan complejo como es el derecho, no puede ser agotado en su estudio por una sola disciplina jurídica, por necesitarse la cooperación de diversas disciplinas que lo investigan, cada una de ellas, a través de un prisma distinto. En la tercera parte, García Máynez se ocupa de los conceptos generales del derecho, a los que denomina, siguiendo la terminología de Stammler, conceptos jurídicos fundamentales. Esta parte estudia los conceptos de norma jurídica, hecho jurídico, derecho subjetivo, deber jurídico, persona, sanción, etc., conceptos de suma importancia por su generalidad, ya que se aplican a todas las ramas del derecho. En la cuarta parte, el autor se ocupa de los problemas de la técnica jurídica, como son los de interpretación, integración, vigencia, retroactividad y conflictos de leyes. En esta parte, como en la anterior, se hacen constantes referencias al derecho positivo mexicano y a las ejecutorias de la Suprema Corte. Es la parte más útil, porque cualesquiera que sean las actividades a que se dedique un abogado o la especialidad que cultive, siempre se le presentarán los problemas que se suscitan en la aplicación del derecho, que son los que estudia la técnica jurídica.

Los méritos salientes de la obra son: originalidad, excelente información, valor didáctico y apego a nuestro derecho positivo. Cada uno de ellos merece un comentario especial. La obra es original, tanto en la creación como en la crítica. En la creación, como ocurre con respecto al concepto de libertad, al problema del concepto del derecho, y a la distinción entre moral, derecho y convencionalismos sociales. Por lo que respecta al concepto de libertad, García Máynez sostiene que es inexacta la tesis tradicional aceptada por Rocco de que sólo es posible una definición negativa de aquél, proponiendo una definición positiva en la que expresa que la "libertad jurídica es la facultad que toda persona tiene de ejercitar o no ejercitar sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se reduce al cumplimiento de un deber propio". Por lo que toca al problema del concepto del derecho, sostiene que debe ser objeto de un nuevo planteamiento, consistente en delimitar previamente las acepciones del vocablo, para lo cual propone una nueva clasificación: derecho intrínsecamente válido, derecho formalmente válido y derecho positivo. De la acepción en que se tome la palabra depende la solución que se dé al problema. Y por lo que mira a la distinción entre moral, derecho y convencionalismos sociales, García Máynez, mediante una hábil combinación de las conocidas antítesis unilateralidad —bilateralidad e interioridad— exterioridad, empleadas por Santo Tomás,

Thomasius y Kant, establece la diferencia que hay entre estos tipos de normas.

Las anteriores ideas podrán admitirse o rechazarse, pero indudablemente representan una creación original del autor, muy plausible por cierto y, por otra parte, están fundadas en un amplio desarrollo. La obra también es original en la crítica, como se advierte en todos los temas tratados en la misma, con respecto a los cuales García Máynez, después de citar las teorías tradicionales, expone siempre sus opiniones propias. Otro de los méritos de la obra es su excelente información. La mejor bibliografía de la materia publicada en español, alemán, italiano y francés, es utilizada por el autor, quien en exacta síntesis la presenta a sus lectores. En cada cita que hace, expresa el nombre del autor, de la obra, de la casa editora y el número de la página en donde se encuentra, lo que resulta de gran utilidad para las investigaciones monográficas. La obra tiene un valor didáctico evidente. La clara exposición del autor hace que incluso los problemas más arduos se entiendan con facilidad. Si a esto se agrega que a cada explicación sigue una serie de ejemplos, esquemas, cuadros sinópticos, dibujos, etc., se comprende que la enseñanza se hace asequible a todas las personas. Otro mérito adicional de la obra es su apego a nuestro derecho positivo. Cuando se ponen ejemplos se eligen, de preferencia, las disposiciones legales de nuestro sistema de derecho, como ocurre en la tercera y cuarta partes, que constituyen la sección propiamente jurídica de la obra, en las que estas referencias son constantes. Además, se toma en cuenta la tradición jurídica nacional, citándose, siempre que es pertinente, las opiniones de los autores patrios. Todo esto hace que las enseñanzas contenidas en el libro sean de gran utilidad, por no ser simples especulaciones académicas desvinculadas de la realidad, sino conceptos que se refieren al orden jurídico positivo de nuestro país.

Independientemente de los méritos de la obra, que son muchos y que apenas se tocan, toda vez que un prólogo es una presentación, el autor de este prólogo encuentra, como es inevitable en estos casos, algunos motivos de inconformidad. En primer lugar, el capítulo dedicado a las disciplinas jurídicas auxiliares y especiales es demasiado lacónico, pues se limita a citar la definición de cada una de ellas, omitiendo la enumeración de sus problemas fundamentales. En segundo, se estudia el problema de la esencia del orden jurídico positivo (tesis de Kelsen, Laun y Radbruch), que con todo y ser muy interesante, está fuera de lugar en la obra, por ser de la incumbencia de la filosofía del derecho. En tercero, el autor, siguiendo el ejemplo de Schreier, emplea fórmulas de tipo matemático para ilustrar sus explicaciones, lo que entre nos-

otros resulta contraproducente, pues no estando los alumnos acostumbrados a manejar dichas fórmulas, éstas complican la comprensión de la materia en vez de facilitarla. Los anteriores motivos de inconformidad, que quizá no son sino errores de apreciación del suscrito, no disminuyen en nada el mérito de la obra, que representa uno de los más serios esfuerzos que se han hecho en nuestra literatura jurídica.

La obra que comentamos viene a aumentar la lista de libros de texto escritos por profesores de la Facultad de Derecho. Aquéllos son: la Sociología Genética y Sistemática, *de* ANTONIO CASO; *el* Derecho Penal Mexicano *(primer curso), de* RAÚL CARRANCÁ TRUJILLO; *el* Derecho Penal Mexicano *(segundo curso), de* FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA; *el* Procedimiento Penal Mexicano, *de* CARLOS FRANCO SODI; *la* Introducción al Estudio del Derecho Civil, *de* TRINIDAD GARCÍA; *la* Teoría General de las Obligaciones, *de* MANUEL BORJA SORIANO; *el* Derecho Mercantil Mexicano *(primer curso), de* FELIPE J. TENA; *el* Derecho Mercantil Mexicano *(segundo curso), del mismo autor; los* Títulos de Crédito, *de* ROBERTO ESTEVA RUIZ, *el* Tratado de las Quiebras, *de* EDUARDO PALLARES; *el* Derecho Constitucional Mexicano, *de* MIGUEL LANZ DURET; *el* Derecho Administrativo, *de* GABINO FRAGA; *el* Derecho Agrario, *de* LUCIO MENDIETA Y NÚÑEZ; *el* Derecho Mexicano del Trabajo, *de* MARIO DE LA CUEVA; Vida Humana, Sociedad y Derecho, *de* LUIS RECASÉNS SICHES; *y ahora, la* Introducción al Estudio del Derecho, *de* EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ. *Nuestra Facultad de Derecho tiene el orgullo, entre todas las instituciones universitarias del país, de ser la que cuenta con el mayor número de libros de texto escritos por sus propios profesores. Esperamos que, en un futuro próximo, exista para cada una de las asignaturas del plan de estudios un texto redactado por los catedráticos de la materia. Cuando esto ocurra contaremos con una literatura jurídica propia que, aprovechando todos los elementos aportados por la doctrina extranjera, tendrá la inmensa ventaja de estar referida al derecho positivo mexicano.*

VIRGILIO DOMÍNGUEZ

PROLOGO DEL AUTOR A LA SEGUNDA EDICION

La presente edición contiene varias adiciones y reformas. Entre las primeras, la más importante es, sin duda alguna, el capítulo sobre el Estado, que no figuraba en la edición anterior. La experiencia de varios años en la enseñanza de la asignatura nos ha revelado la necesidad de consagrar algunas páginas a la explicación de las relaciones entre el Estado y el orden jurídico, lo mismo que al estudio de los conceptos fundamentales del Derecho Público.

Al elaborarse, hace diez años, el programa de la materia, se pensó que esos temas no correspondían al curso de INTRODUCCION, por existir, *en el Plan de Estudios de la Facultad, un curso general de* TEORÍA DEL ESTADO. *Este curso desempeña, en conexión con las diversas divisiones del Derecho Público, el mismo papel que antaño se atribuía a la primera parte del de* INTRODUCCION Y PERSONAS, *relativamente a las diferentes ramas del Derecho Privado.*

En el Plan de Estudios figura la TEORÍA GENERAL DEL ESTADO *y, en nuestro concepto, debe subsistir, no sólo por la importancia enorme de la materia, sino porque resultaría imposible, en un curso general de* INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, *exponer con cierta profundidad las nociones capitales del Derecho Público. En lo que toca a la primera parte de la disciplina denominada* INTRODUCCIÓN Y PERSONAS *(1er. Curso de Derecho Civil), pensamos —por las razones que da el profesor Virgilio Domínguez en el prólogo a esta obra— que debería suprimirse, pues tal supresión permitiría a los maestros de la asignatura dedicar todo su tiempo a la segunda parte del curso, única que en rigor corresponde al campo propio del Derecho Civil.*

En un curso general de Introducción al Estudio del Derecho debe, sin embargo, hacerse una breve exposición de los conceptos principales de la TEORÍA DEL ESTADO, *ya que, de lo contrario, sería muy difícil explicar la noción del derecho positivo, la distinción entre Derecho Privado y Derecho Público, o la clasificación de las disciplinas jurídicas especiales.*

Hemos introducido reformas de cierta consideración en varios capí-

tulos de la obra, especialmente en el XI, que versa sobre las diferentes ramas de los derechos privado y público, y en el XXX, que está consagrado a la discusión del concepto de retroactividad. También fue ampliado el capítulo sobre las fuentes formales del derecho.

Los capítulos VII, VIII y IX de la primera edición (teorías de Kelsen, Laun y Radbruch sobre el orden jurídico p. sitivo), han sido suprimidos en ésta, pues tales temas corresponden en realidad al curso de Filosofía del Derecho.

De acuerdo con una de las sugestiones hechas por el Lic. Domínguez en el prólogo de la primera edición, hemos decidido eliminar del texto la mayor parte de las fórmulas de tipo matemático. No estamos enteramente seguros de que tales fórmulas sean contraproducentes o carezcan de valor didáctico; pero sí admitimos que cualquier maestro puede perfectamente prescindir de ellas.

Agradecemos sinceramente a nuestros colegas los señores Lics. Virgilio Domínguez, Raúl Valdés Villarreal y Mario de la Cueva, las valiosas sugestiones que tuvieron la bondad de hacernos cuando preparábamos la segunda edición de esta obra.

México, D. F., 13 de mayo de 1944.

PROLOGO DEL AUTOR A LA QUINTA EDICION

En esta edición han sido reformadas las siguientes secciones de la anterior:

Capítulo I: seción 8 (Los imperativos hipotéticos como normas que estatuyen un deber condicionado); *Capítulo II: sección 9* (Unilateralidad de la moral y bilateralidad del derecho); *Capítulo IV: sección 21* (Derecho objetivo y derecho subjetivo); *Capítulo V: secciones 33* (La jurisprudencia como fuente del derecho) *y 34* (Procesos de creación de normas individualizadas); *Capítulo VI: secciones 42* (Clasificación de las normas jurídicas desde el punto de vista de su ámbito personal de validez) *y 46* (Clasificación de las normas jurídicas desde el punto de vista de su cualidad); *Capítulo VIII: sección 61* (Ramas de la Filosofía); *Capítulo XI: secciones 78* (Derecho Penal Disciplinario y Derecho militar) *y 84* (Ramas jurídicas de creación reciente); *Capítulo XIV: secciones 106* (Derechos subjetivos a la propia conducta y a la conducta ajena), *107* (Derechos relativos y derechos absolutos), *110* (Derecho del obligado y derecho del pretensor) *y 111* (Derechos subjetivos dependientes e independientes); *Capítulo XIX: secciones 140* (Doctrina de G. Radbruch sobre el deber jurídico) *y 141* (Conexiones esenciales de carácter formal entre deber jurídico y derecho subjetivo. Ontología Formal del Derecho y Lógica Jurídica); *Capítulo XXII: sección 168* (Interpretación de la Ley. Concepto); *Capítulo XXVII: sección 188* (La plenitud hermética del orden jurídico).

En los demás capítulos de la obra se han hecho numerosas correcciones, casi todas de forma.

El autor agradece públicamente a los señores profesores Octavio Véjar Vázquez y Jesús Toral Moreno las sugestiones que se sirvieron hacerle y los datos que le suministraron en relación con las secciones 33, 78 y 84 de este libro.

México, D. F. julio 28 de 1953.

PRIMERA PARTE

LA NOCION DEL DERECHO

CAPITULO I

CONCEPTOS DE NORMA Y LEY NATURAL

SUMARIO

1. JUICIOS ENUNCIATIVOS Y JUICIOS NORMATIVOS.—¿Qué es el derecho? He aquí lo primero que el estudioso se pregunta, al hollar el umbral de la ciencia jurídica. El problema, lógicamente anterior a los demás de la misma disciplina es, al propio tiempo, el más arduo de todos. Los autores que lo abordan no han conseguido ponerse de acuerdo ni en el género próximo ni en la diferencia específica del concepto, lo que explica el número increíble de definiciones y la anarquía reinante en esta materia.[1]

El tema central del debate, en lo que toca al *genus proximum* del derecho, es la determinación del carácter normativo o enunciativo de sus preceptos. Todo el mundo reconoce que éstos se refieren a la actividad humana; pero las opiniones se separan apenas se pretende establecer la esencia de los mismos. ¿Son las reglas jurídicas expresión de auténticos deberes, o simples exigencias desprovistas de obligatoriedad? ¿Deriva su validez de la voluntad del legislador o es, por el contrario, independiente de ella? Y si se acepta que el derecho es un conjunto de prescripciones, ¿en qué se distinguen éstas de los imperativos morales, los principios religiosos y, en una palabra, los demás preceptos que rigen nuestro comportamiento?

[1] Algunos juristas sostienen que no es posible definir el derecho de acuerdo con el método aristotélico, es decir, por indicación del género próximo y la diferencia específica. Entre ellos podemos citar a FRITZ SCHREIER, discípulo de KELSEN *(Concepto y formas fundamentales del Derecho.* Editorial Losada, Buenos Aires, 1942). En México ha defendido un punto de vista análogo el Prof. GABRIEL GARCÍA ROJAS, en un estudio titulado "Sobre la indefinición del Derecho". Números 1, 2 y 3 de la revista *Jus.*

Quien desee descubrir la noción universal de lo jurídico tendrá que responder a los interrogantes anteriores. Pero como no es posible entender su alcance si se ignora qué es una norma, nuestra primera tarea habrá de consistir en la explicación de este concepto.

La palabra *norma* suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: *lato sensu* aplícase a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; *stricto sensu* corresponde a *la que impone deberes o confiere derechos*. Las reglas prácticas cuyo cumplimiento es potestativo se llaman *reglas técnicas*. A las que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de *normas*. Éstas imponen deberes o conceden derechos, mientras los juicios enunciativos se refieren siempre, como su denominación lo indica, a lo que es.

Las reglas prácticas de cumplimiento potestativo prescriben determinados medios, con vista a la realización de ciertos fines. Si digo, por ejemplo, que para ir de un punto a otro por el camino más corto es necesario seguir la línea recta, formularé una regla técnica. Si afirmo: "debes honrar a tus padres", expresaré una norma.

Los juicios enunciativos divídense en verdaderos y falsos. En relación con las normas no se habla de verdad o falsedad, sino de validez o invalidez.

Las verdades expresadas por aquéllos pueden ser contingentes o necesarias. *Vérités de fait* llamaba Leibniz a las primeras; *vérités de raison*, a las segundas. Si afirmo: "hace calor", enunciaré algo verdadero, pero contingente, ya que más tarde acaso haga frío. Si afirmo, en cambio, que la distancia más corta entre dos puntos es la línea recta, expresaré algo que es cierto en todo tiempo y no puede ser de otro modo.[2]

Las verdades empíricas a que alude el autor de la *Monadología* son los *juicios sintéticos a posteriori* de que hablaba Kant, y las necesarias coinciden con las proposiciones *analíticas* y *sintéticas a priori* del pensador de Koenigsberg.[3]

---

[2] "Corresponde esta división netamente a la que hacen los lógicos entre juicios apodícticos y juicios asertóricos. Juicios apodícticos son aquellos en donde el predicado no puede por menos de ser predicado del sujeto, como cuando decimos que el cuadrado tiene cuatro lados. Todas las proposiciones matemáticas son de este tipo. Juicios asertóricos, en cambio, son aquellos juicios en donde el predicado pertenece al sujeto; pero el pertenecer al sujeto no es de derecho, sino de hecho. Pertenece al sujeto, efectivamente, pero podría no pertenecer, como cuando decimos que esta lámpara es verde. Que esta lámpara es verde, es algo que es cierto; pero es una verdad de hecho, porque podría ser rosa igualmente." M. GARCÍA MORENTE, *Lecciones Preliminares de Filosofía*. Tucumán, 1938, pág. 229.

[3] *Crítica de la Razón Pura*, Trad. MANUEL FERNÁNDEZ NÚÑEZ, Madrid, 1934, Tomo I, página 166.

2. CONCEPTO DE LEY NATURAL.—Las leyes naturales son juicios enunciativos cuyo fin estriba en mostrar las relaciones indefectibles que en la naturaleza existen.[4] Toda ley enseña, según la fórmula de Helmholtz, que "a determinadas condiciones, que en cierto respecto son iguales, se hallan siempre unidas determinadas consecuencias, que en otro cierto respecto también son iguales".[5] La misma idea se expresa diciendo que las leyes físicas indican relaciones de tipo causal. Entre dos sucesos hay un nexo de causalidad cuando, al presentarse el primero, en las condiciones que la ley enuncia, no puede el segundo dejar de ocurrir.

Por tanto, *ley natural es un juicio que expresa relaciones constantes entre fenómenos.*

3. NORMAS DE CONDUCTA Y LEYES NATURALES.—Con el propósito de precisar estos conceptos emprenderemos un estudio paralelo de los mismos. Entre las leyes físicas y las normas de conducta existen las siguientes diferencias:

a) La finalidad de la ley natural es la explicación de relaciones constantes entre fenómenos; el fin de las normas, provocar un comportamiento. Los principios científicos tienen un fin teórico; el de los juicios normativos es de orden práctico.

Las leyes de la naturaleza no deben ser confundidas con las relaciones que expresan. No son enlaces entre hechos, sino fórmulas destinadas a explicarlos. La gravitación universal, por ejemplo, es una realidad; la ley de Newton, su expresión científica.

Constituye un grave error la creencia de que las leyes naturales son causa de los fenómenos a que aluden. La ley no los produce; simplemente revela sus antecedentes y consecuentes. El enunciado: "el calor dilata los cuerpos", no hace que éstos aumenten de volumen, cuando se les calienta; indica sólo un nexo causal entre la dilatación y el fenómeno que la provoca.

---

[4] "La palabra ley se usa no sólo en el sentido de ley científica, sino también en el de norma. Se habla así de las leyes del arte y de la moral, de leyes divinas y constitucionales. La significación primitiva de la palabra era precisamente ésta *(Nómos, lex).* Por ley no se entendía la expresión de la uniformidad necesaria de los hechos físicos, sino una regla establecida por la voluntad consciente de ciertos hombres. En Aristóteles no existe la noción de ley en sentido científico. Fueron los autores romanos quienes comenzaron a emplear el término para designar no únicamente las reglas de la actividad humana, sino también el orden indefectible, necesario, de los fenómenos naturales. LUCRECIO, por ejemplo, habla de *leges naturae.*" N. M. KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit.* Trad. TCHERNOFF, 2a. ed., París, 1914, p. 75. En el mismo sentido: KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* Tübingen, 1911, Paul Siebeck Verlag, pág. 4.

[5] Citado por KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 5.

Por la índole de su objeto, las leyes naturales refiérense indefectiblemente a lo que es, en tanto que las normas estatuyen lo que debe ser. Aquéllas no se dirigen a nadie; éstas sólo tienen sentido en relación con seres capaces de cumplirlas.

b) Las leyes naturales implican la existencia de relaciones necesarias entre los fenómenos. El supuesto filosófico de toda norma es la libertad de los sujetos a quienes obliga.

La ley física enuncia relaciones constantes, es decir, procesos que se desenvuelven siempre del mismo modo; las normas exigen una conducta que en todo caso debe ser observada, pero que, de hecho, puede no llegar a realizarse.

A diferencia de las leyes naturales, que expresan relaciones indefectibles, las normas no se cumplen de manera ineluctable. Esta característica no deriva de las normas mismas, sino de la índole de los sujetos a quienes se encuentran destinadas. Los juicios normativos perderían su significación propia si las personas cuya conducta rigen no pudiesen dejar de obedecerlos. Toda norma hállase necesariamente referida a seres libres, es decir, a entes capaces de optar entre la violación y la obediencia. Con razón se ha escrito que si los destinatarios de un imperativo lo acatasen fatalmente, dejaría de ser regla de conducta, para transformarse en ley de la naturalcza. ¿Qué sentido tendría decir que los cuerpos, abandonados a su propio peso en el vacío, *deben* caer con igual velocidad? Indudablemente ninguno, pues ello no es *debido,* sino *fatal.* Los cuerpos caen en el vacío con la misma rapidez, no porque deban caer así, sino porque *no pueden caer de otro modo.* En cambio, sí tiene sentido declarar que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos, en cuanto el cumplimiento de un contrato no *es necesario*, sino *obligatorio.*

c) Una ley natural es válida cuando es verdadera, o sea, cuando las relaciones a que su enunciado se refiere ocurren rcalmente, en la misma forma que éste indica. Para que las leyes físicas tengan validez es indispensable que los hechos las confirmen. Tal corroboración ha de ser total e indefectible, no parcial ni esporádica. Una sola excepción puede destruir un principio científico. Este aserto es corolario de la tesis anteriormente examinada, según la cual la existencia de relaciones necesarias es el supuesto de las leyes naturales.

Las llamadas "leyes estadísticas" son leyes en sentido impropio, por su mismo carácter contingente. Más que de auténticas legalidades trátase de generalizaciones cuyo valor depende del grado o medida en que la experiencia las confirme.

En un sentido filosófico estricto, las normas son válidas cuando exi-

gen un proceder intrínsecamente obligatorio. El concepto de obligatoriedad explícase en función de la idea de valor. Sólo tiene sentido afirmar que algo debe ser, si lo que se postula como debido es valioso. Por ejemplo: podemos decir que la justicia debe ser, en cuanto vale. Si careciese de valor no entenderíamos por qué su realización se encuentra normativamente prescrita.

Mientras la validez de las leyes físicas se halla supeditada a lo empírico, las normas ideales de la religión y la moral valen independientemente de la experiencia. De acuerdo con la doctrina del derecho natural, también hay normas y principios jurídicos a los que corresponde un valor absoluto. A la luz del criterio oficial, en cambio, la fuerza obligatoria de las normas del derecho no depende, según veremos más tarde, de la justicia intrínseca de lo prescrito, sino de ciertos elementos de orden extrínseco, relativos a la forma de creación de cada precepto. La Constitución de un país estatuye qué reglas debe observar el legislador ordinario cuando legisla sobre tal o cual materia; pero esas reglas no se refieren a la justicia o injusticia de las distintas leyes, sino a la forma o desarrollo del proceso legislativo. Cuando dichas exigencias han quedado cumplidas, el precepto legal es *válido*, y su validez deriva del cumplimiento de tales exigencias. Puede suceder que las normas creadas por los órganos legislativos no sean justas en todo caso, y valgan, empero, *formalmente*. En la órbita de nuestra disciplina tendremos, pues, que distinguir el criterio *formal* de validez, relativo a las condiciones de elaboración de cada precepto, y el criterio *material*, exclusivamente referido al *valor intrínseco* de las distintas normas.

Posee también gran importancia la distinción entre *validez* y *positividad*. Afírmase que un imperativo es *eficaz*, que tiene *facticidad* o *positividad*, cuando es acatado por los sujetos a quienes se dirige.

La positividad de las normas es por esencia contingente, ya que las personas cuya conducta rigen, como seres dotados de albedrío, son capaces de violarlas. Si nadie pudiese dejar de pagar sus deudas, el precepto que ordena la observancia de los contratos legalmente celebrados se convertiría en un principio necesario, comparable a las leyes naturales y los axiomas matemáticos.

Mientras la validez de las leyes e hipótesis científicas depende de su corroboración empírica, la de las normas de conducta no está condicionada por su efectividad.[6] La regla de acción que estatuye un deber vale en sí y por sí, incluso en relación con el proceder que la infringe. Las *excepciones a la positividad de una norma no son, en consecuencia, excepciones*

[6] O, como escribe Husserl: "Los juicios sobre un deber no implican ninguna afirmación sobre un ser correspondiente." *Investigaciones Lógicas*, tomo I, pág. 59 de la versión de MORENTE y GAOS.

a su validez. Las leyes naturales, por el contrario, no pueden ser válidas si la experiencia no las confirma.

4. CONCEPTO DEL DEBER.—Hemos definido los juicios normativos como reglas de conducta que imponen deberes o conceden derechos. Ahora bien: todo deber es deber de alguien. O, expresado en otra forma: los impuestos por un imperativo son siempre deberes de un sujeto. Éste recibe el nombre de *obligado. Obligado es, pues, la persona que debe realizar (u omitir) la conducta ordenada (o prohibida) por el precepto.*

En su *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres,* define Kant el deber diciendo que es "la necesidad de una acción por respeto a la ley".[7]

El filósofo emplea el término *ley* como sinónimo de *norma.* Pero la palabra *necesidad,* que encontramos en la definición, no debe entenderse en el sentido de forzosidad que generalmente se le atribuye. Lo que Kant quiere expresar cuando habla de la *necesidad* de una acción por respeto al deber es simplemente el carácter *obligatorio* de las exigencias morales.

En nuestra opinión, no es posible definir el concepto del deber, aun cuando todos sepamos, gracias a una intuición inmediata, en qué consiste. "Tanto el ser como el deber ser —escribe Jorge Simmel— son categorías primarias; y así como no puede describirse qué son el ser o el pensar, tampoco existe una definición del deber ser... El deber ser es, como el futuro o el pretérito, el subjuntivo o el condicional, una forma de pensamiento." [8]

Uno de los grandes méritos del filósofo de Koenigsberg consistió en subrayar la independencia entre lo que es y lo que debe ser.

De la observación de los hechos no es correcto, según Kant, desprender conclusiones normativas. La circunstancia de que algo ocurra en determinada forma no nos autoriza para declarar que así debe ocurrir. Y a la inversa: la violación reiterada de una norma no destruye su validez.

Partiendo del estudio de un hecho es posible llegar al conocimiento de su causa y prever sus consecuencias; mas no desprender de tal estudio juicios de valor. Que el pez grande devore al chico, o que el pueblo fuerte sojuzgue al débil, no demuestran que así deba suceder; simplemente indican que así sucede. Razonando como lo hacen los partidarios de la ética empírica podríamos llegar a la conclusión de que la propiedad y la existencia ajenas no deben ser respetadas, en cuanto la experiencia demuestra que hay ladrones y asesinos.

---

[7] M. KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres,* trad. MANUEL G. MORENTE, Madrid, 1932, Ed. Calpe, pág. 33.

[8] Citado por KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* Tübingen, 1911, pág. 7.

Kitz, autor citado por Kelsen, explica, con no igualada claridad, la independencia de los conceptos a que hemos venido refiriéndonos: "de que algo sea puede inferirse que algo fue o que algo será, mas nunca que otra cosa deba ser. Lo que debe ser puede no haber sido, no ser actualmente y no llegar a ser nunca, perdurando, no obstante, como algo obligatorio".[9]

En lo que a los preceptos jurídicos atañe, la independencia entre validez y efectividad no puede afirmarse de manera tan absoluta, al menos desde el punto de vista del poder público. De acuerdo con el criterio oficial, un precepto dotado de vigencia, es decir, formalmente *válido*, conserva su validez aun cuando no sea cumplido; pero la fuerza obligatoria que el Estado le atribuye sólo puede subsistir, y sólo es afirmada, mientras el sistema a que la norma pertenece mantiene su eficacia.

5. TEORÍA KANTIANA DE LOS IMPERATIVOS.—Los juicios que postulan deberes divídense en categóricos e hipotéticos. Los primeros ordenan sin condición; los segundos, condicionalmente. Esta dicotomía encuentra su antecedente en la moral kantiana.[10] *Imperativos categóricos* —dice el filósofo prusiano— *son aquellos que mandan una acción por sí misma, como objetivamente necesaria; hipotéticos, los que prescriben una conducta como medio para el logro de determinado fin.*

Los categóricos pueden ser positivos o negativos, es decir, mandatos o prohibiciones. La fórmula de los primeros es: *A* debe ser; la de los segundos: *A* no debe ser. Ejemplos: debes honrar a tus padres, no debes ser hipócrita, etc.

La de los hipotéticos exprésase en estos términos: "si quieres alcanzar tal o cual fin, debes emplear estos o aquellos medios".

Los del segundo grupo tienen un supuesto común, a saber: que se desee realizar una finalidad determinada. En tal hipótesis, el precepto ordena que se recurra a ciertos medios. Ejemplo: si quieres construir un edificio, debes aplicar las reglas del arte arquitectónico.

El pensador alemán distingue dos clases de imperativos hipotéticos: los *principios de la habilidad,* o *reglas técnicas,* y *los consejos de la sagacidad,* o *imperativos pragmáticos.*[11] Aquéllos son preceptos problemático-prácticos, en cuanto señalan los procedimientos que es forzoso seguir para el logro de cualquier propósito posible; éstos son *asertórico-prácticos,* ya que indican los caminos que conducen a la realización de un

[9] Citado por KELSEN, *Hauptprobleme,* pág. 8.
[10] *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres,* cap. II.
[11] *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres,* pág. 57.

desiderátum no sólo posible, sino real: la conquista de la felicidad. A diferencia de estas dos clases de reglas, las de la moralidad son categóricas, y aparecen ante nosotros como auténticos mandamientos, o principios *apodíctico-prácticos.*

IMPERATIVOS
- 1.—CATEGÓRICOS. Principios apodíctico-prácticos, o mandatos de la moralidad.
- 2.—HIPOTÉTICOS
  - *a)* Principios problemático-prácticos, imperativos de la habilidad o reglas técnicas.
  - *c)* Princ i p i o s asertórico-prácticos, consejos de la sagacidad o imperativos pragmáticos.

6. REGLAS TECNICAS E IMPERATIVOS HIPOTETICOS.—De acuerdo con la doctrina arriba expuesta, las reglas de las artes, o principios de la habilidad, son auténticas normas. Este aserto ha sido vigorosamente combatido por diferentes pensadores, entre los que debemos citar al jurista germánico Rodolfo Laun y al profesor italiano Giorgio Del Vecchio. Los argumentos esgrimidos por ambos autores en contra de aquella tesis nos parecen irrebatibles. Hablaremos en primer término de la doctrina de Laun, contenida en su famoso discurso rectoral de 10 de noviembre de 1924.[12]

Sostiene el antiguo Rector de la Universidad de Hamburgo que el autor de la *Crítica de la Razón Pura* no supo distinguir dos especies diversas de reglas hipotéticas: las que postulan un *deber condicionado* y las que señalan una *necesidad condicionada.* Una vaguedad del lenguaje cotidiano —escribe Laun— dio origen a la confusión.

Las reglas de conducta expresan una necesidad condicionada cuando indican los medios que es indispensable emplear para la consecución de determinado fin. Estos principios suelen formularse de manera imperativa, mas no son normas, pues no imponen deberes. Cuando se dice, verbigracia, que para recorrer la distancia más corta entre dos puntos se *debe* seguir la línea recta, úsase una expresión impropia. Si una persona se propone ir de *A* a *B* por el camino más breve, tomar la línea recta es para ella una necesidad, no un deber. Nadie la obliga a optar por tal camino; pero si quiere realizar su empeño no podrá prescindir del único medio idóneo.

Pongamos otro ejemplo. Deseo aprender la lengua inglesa. En tal supuesto, tengo que observar determinadas reglas gramaticales y fonéti-

[12] RUDOLF LAUN, *Recht und Sittlichkeit*, 2ª ed., 1927. Hamburg, Verlag von C. Boysen.

cas. Si no las aplico, imposible me será alcanzar la meta que he asignado a mi conducta. La observancia de aquéllas no es para mí obligatoria, sino necesaria. Y esta necesidad encuéntrase condicionada por la existencia del propósito que he concebido. Si lo abandono, no faltaré al cumplimiento de ninguna obligación, ni tendré que valerme de las reglas que, en caso contrario, me vería forzado a seguir.

Es, pues, falsa la afirmación de que las de las artes son imperativas. Los preceptos de orden técnico no estatuyen deberes; simplemente muestran los medios que es necesario poner en práctica para el logro de determinados fines. No son normas, sino enunciaciones hipotéticas.

La fórmula de dichos principios, de acuerdo con la tesis kantiana, podría expresarse del siguiente modo:

Si *A* es, debe ser *B*.

La que en realidad les corresponde exprésase así:

Si *A* es, tiene que ser *B*.

La fórmula de Kant sería correcta si las reglas técnicas fuesen obligatorias. Pero ya sabemos que únicamente indican los métodos que es ineludible seguir, en la hipótesis de que se quiera realizar tal o cual propósito.

Para la consecución de un fin puede haber uno o varios procedimientos adecuados. Cuando éstos son múltiples no es forzoso utilizar exclusivamente alguno; pero si se pretende realizar la finalidad resulta necesario echar mano de cualquiera de ellos.

La aplicación de una regla técnica es a veces obligatoria para un sujeto.[13] En tal hipótesis, el deber de observarla no deriva de ella misma, sino de una norma. El obrero que presta sus servicios en una fá-

---

[13] "En lo que concierne particularmente al derecho, hay que advertir que la observancia de las reglas técnicas se da por supuesta con frecuencia, sobre todo en las relaciones contractuales. Así, por ejemplo, quien confía a un escultor la ejecución de una estatua, a un abogado la dirección de una causa, o a un ingeniero la construcción de un puente, presupone que aquel a quien encomienda el trabajo se obliga, por el mismo hecho de aceptarlo, a observar las reglas propias del arte o profesión respectivas.

"Éstas devienen, pues, un elemento integrante del contrato de obra o de prestación de servicios; y si las reglas técnicas correspondientes son violadas por culpa del profesional o del artista, la otra parte puede exigir con toda justicia una reparación. En este caso hay, por consiguiente, una verdadera concurrencia de normas jurídicas y técnicas; pero es necesario no olvidar que las dos clases de reglas difieren esencialmente. Los preceptos técnicos no son, por sí mismos, propiamente obligatorios. Por tal razón, el escultor que esculpe para su uso una pésima estatua no viola el derecho, como tampoco lo violan el ingeniero que construye por su cuenta, sobre una corriente de agua que cruza su propiedad, un puente inseguro, o el abogado que, invocando ante los tribunales un crédito propio, pasa por alto las reglas elementales del procedimiento. Pero las reglas técnicas tórnanse obligatorias cuando la actividad correspondiente se convierte en contenido de una relación contractual de tal manera que otra persona resulta facultada para exigir su aplicación." Giorgio Del Vecchio. "L'homo juridicus e l'insufficienza del diritto come regola della vita", Roma 1936, sobretiro de la *Rivista internazionale di filosofía del diritto*, pág. 14.

brica tiene la obligación de aplicar ciertos preceptos de orden técnico; mas esta obligación se funda en el contrato de trabajo.

7. FINES OBLIGATORIOS Y NO OBLIGATORIOS.—En el planteamiento y la realización de fines existen, según Nicolai Hartmann, tres momentos diversos: el primero es la *elección del fin.* [14] Tiene lugar cuando la persona, en uso de su libertad, concibe determinado propósito. El segundo corresponde a la *selección de los medios.* Habiendo varios para la obtención de la finalidad querida, el sujeto puede, también en ejercicio de su albedrío, optar por el que le parezca más conveniente. Pero la simple concepción de una mira y la elección de los procedimientos que a ella conducen no bastan para el logro de lo propuesto. Hace falta un tercer momento: *la realización.* Las primeras etapas representan, según hemos dicho, sendas manifestaciones del arbitrio individual: la tercera, en cambio, desenvuélvese en forma necesaria. La realización de los fines prodúcese inexorablemente, siendo idóneos los medios, porque aquéllos son efecto o consecuencia de éstos. Si no hubiese un nexo de causalidad entre medios y finalidades, conseguir las últimas sería imposible. Todo proceso teleológico supone el conocimiento previo de relaciones indefectibles y, especialmente, de enlaces de tipo causal. *A la naturaleza no se la domina sino obedeciéndola,* precisamente porque obedecerla es aplicar sus leyes y encauzar sus fuerzas en el sentido de nuestros anhelos.[15]

En el período de la realización —afirma Hartmann— todo proceso finalista puede ser causalmente interpretado. Lo que desde el punto de vista teleológico constituye un fin, desde el causal representa un efecto; y lo que desde el primero aparece como medio, desde el segundo se perfila como causa.

Pongamos un ejemplo: un hombre, decepcionado de la vida, decide matarse. Para conseguir este objetivo puede optar entre diversos procedimientos: apurar un veneno, usar un arma, dejarse caer desde una altura, etc. Después de calcular la eficacia de tales procedimientos, elige el último y, para ponerlo en práctica, sube al punto más elevado de una torre y se arroja desde allí. Al caer su cuerpo la muerte se produce. El medio empleado por el suicida, obrando como causa, provoca el fin querido.

Las miras que el hombre asigna a su conducta no son obligatorias

---

[14] N. HARTMANN, *Ethik,* 2ª ed., Berlín, 1935, pág. 171.

[15] "Para pronunciar una sola palabra, el sí del novio ante el altar, el futuro esposo cuenta con que las vibraciones del aire llevarán el sonido de su voz a los oídos del sacerdote. En una palabra, todo acto exige el concurso de las leyes de la naturaleza. También la condición del éxito, en toda acción, estriba en el conocimiento y aplicación exacta de dichas leyes." JHERING, *El fin en el derecho.* Trad. LEONARDO RODRÍGUEZ, pág. 20.

siempre. Tienen este carácter cuando una norma ordena realizarlas. En tal supuesto, la aplicación de los medios resulta, también, obligatoria. Ello no significa, empero, que el nexo entre medios y fines deje de ser necesario; quiere decir que el sujeto *debe* utilizar los medios que ineluctablemente conducen al fin prescrito, ya que éste encuéntrase ordenado por un imperativo. La aplicación de una regla técnica constituye, en tal hipótesis, una obligación para el sujeto.

Giorgio Del Vecchio ha señalado asimismo, en una hermosa monografía, la diferencia entre los preceptos de las artes y las normas de conducta. Las reglas técnicas —escribe— indican los medios que es forzoso emplear para conseguir un propósito, mas no prejuzgan si es lícito o ilícito proponerse el fin de que se trate. La técnica nada tiene que ver con el valor de las finalidades a que sirve, ya que exclusivamente se refiere a los procedimientos que permiten realizarlas, sin preocuparse por esclarecer si son buenas o malas. Apreciar el mérito de los fines del individuo es problema ético, no técnico.[16]

8. LOS IMPERATIVOS HIPOTETICOS COMO NORMAS QUE ESTATUYEN UN DEBER CONDICIONADO.—Las reglas de las artes no son normas, pero hay imperativos que expresan condicionalmente un deber.

Una norma estatuye un deber condicionado cuando hace depender la existencia de éste de la realización de ciertos supuestos. En el Código Civil del Distrito Federal encontramos una disposición según la cual, si los perros de caza penetran en terreno ajeno sin la voluntad del cazador, y causan daños, debe éste indemnizar al dueño del predio.[17] La obligación que impone el citado artículo no puede nacer mientras no se realicen los siguientes supuestos:

1º Que los perros de caza penetren en el terreno ajeno.

2º Que el hecho ocurra independientemente de la voluntad del cazador.

3º Que causen daños en el mencionado predio.

Al darse estos elementos, *ipso facto* se produce la obligación de indemnizar.

El supuesto normativo es, en consecuencia, la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento del deber estatuido por la norma.

Todo juicio normativo de carácter genérico encierra uno o varios supuestos. Desde este punto de vista, la distinción entre imperativos hipotéticos y categóricos resulta puramente gramatical. También los llamados

[16] *"L'homo juridicus"* Roma, 1936, pág. 11.
[17] Art. 863.

categóricos poseen supuestos, cuya realización actualiza las obligaciones que imponen. Citaremos, como ejemplo, el precepto del Decálogo: "honrarás a tu padre y a tu madre". No obstante su forma categórica, contiene una hipótesis, fuera de la cual carece de sentido la obligación que estatuye. El supuesto es la existencia de la relación biológica entre padres y vástagos.

Aun cuando parezca paradójico, antes de la realización de sus supuestos toda norma es hipotética y, cuando aquéllos se producen, deviene categórica. Considerado en forma abstracta, el precepto que ordena a los hijos respetar a sus padres es hipotético, encierra un supuesto: el vínculo entre progenitor y descendiente; mas en relación con las personas que se hallan colocadas en la situación prevista por la norma, constituye un mandamiento incondicional.

Los preceptos jurídicos abstractos poseen siempre uno o varios supuestos, de cuya realización dependen ciertas consecuencias normativas. Éstas pueden ser, como veremos más tarde, deberes o derechos.

La fórmula: "Si *A* es, debe ser *B*", no expresa, de manera cabal, la estructura lógica de la regulación jurídica, pues sólo menciona una de las consecuencias, el deber, y pasa por alto el otro término de la relación (derecho subjetivo).

Por otra parte, es demasiado amplia, ya que resulta aplicable a *todas* las formas normativas de regulación de la conducta. Habrá que investigar, por tanto, cuáles son las notas esenciales de los preceptos jurídicos, y en qué atributos difieren de otras reglas de comportamiento. En los dos capítulos que siguen trataremos de distinguirlos de las normas éticas y los convencionalismos sociales, respectivamente.

CAPITULO II

MORAL Y DERECHO

SUMARIO

9.—Unilateralidad de la moral y bilateralidad del derecho. 10.—Interioridad y exterioridad. 11.—Incoercibilidad y coercibilidad. 12.—Autonomía y heteronomía.

9. UNILATERALIDAD DE LA MORAL Y BILATERALIDAD DEL DERECHO.—La diferencia esencial entre normas morales y preceptos jurídicos estriba en que las primeras son unilaterales y los segundos bilaterales.

La unilateralidad de las reglas éticas se hace consistir en que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes. Las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones. Frente al jurídicamente obligado encontramos siempre a otra persona, facultada para reclamarle la observancia de lo prescrito.

De hecho es posible conseguir, en contra de la voluntad de un individuo, la ejecución de un acto conforme o contrario a una norma ética. Pero nunca existe el *derecho* de reclamar el cumplimiento de una obligación moral. El pordiosero puede pedirnos una limosna, implorarla "por el amor de Dios", mas no exigírnosla. La máxima que ordena socorrer al menesteroso no da a éste derechos contra nadie. A diferencia de las obligaciones éticas, las de índole jurídica no son únicamente, como dice Radbruch, deberes, sino *deudas*.[1] Y tienen tal carácter porque su observancia puede ser exigida, *en ejercicio de un derecho*, por un sujeto distinto del obligado.[2]

Por su carácter bilateral, la regulación jurídica establece en todo caso relaciones entre diversas personas. Al obligado suele llamársele *sujeto*

---

[1] G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, trad. de JOSÉ MEDINA ECHAVARRÍA, Madrid, 1933, página 56.

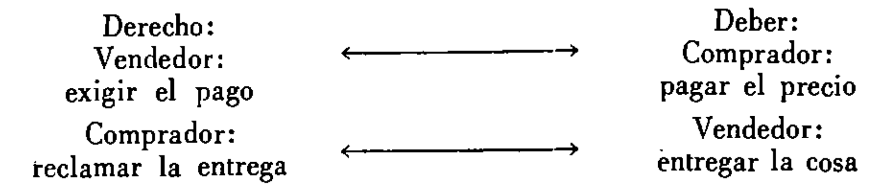
[2] "Del carácter estrictamente determinado y rigurosamente preciso de la regla de derecho deriva, a diferencia de la regla moral, la posibilidad de establecer una correspondencia perfecta entre los deberes de unos y las pretensiones de otros. La estructura del precepto jurídico es esencialmente bilateral o, en términos más precisos, *plurilateral*, mientras que la estructura del precepto ético es unilateral." G. GURVITCH, *L'idée du droit social*. París, 1933, página 104.

pasivo de la relación; a la persona autorizada para exigir de aquél la observancia de la norma denomínasele *sujeto activo, facultado, derechohabiente* o *pretensor*. La obligación del sujeto pasivo es una deuda, en cuanto el pretensor tiene el derecho de reclamar el cumplimiento de la misma.

León Petrasizky ha acuñado una fórmula que resume admirablemente la distinción que acabamos de esbozar. Los preceptos del derecho —escribe— son normas *imperativo-atributivas*; las de la moral son puramente *imperativas*.[3] Las primeras imponen deberes y, correlativamente, conceden facultades; las segundas imponen deberes, mas no conceden derechos.[4] Pongamos un ejemplo: una persona presta a otra cien pesos, comprometiéndose el deudor a pagarlos en un plazo de dos meses. Al vencerse el término estipulado, el mutuante puede, fundándose en una norma, exigir del mutuatario la devolución del dinero. La obligación del segundo no es, en este caso, un deber para consigo mismo, sino una deuda frente al otro sujeto. El deber jurídico de aquél no podría ser considerado como deuda, si correlativamente no existiese un derecho de otra persona.

Derecho, en sentido subjetivo, es la posibilidad de hacer (o de omitir) lícitamente algo. Si decimos que el comprador tiene el derecho de reclamar al vendedor la entrega de la cosa, ello significa que el precepto lo faculta para formular tal exigencia. La conducta del que exige tiene el atributo de la *licitud* precisamente porque constituye el *ejercicio de un derecho*.

Las facultades conferidas y las obligaciones impuestas por las normas jurídicas se implican de modo recíproco. Pongamos otro ejemplo: una persona vende un reloj en veinte pesos. Cuando el comprador y el vendedor se han puesto de acuerdo acerca de la cosa y el precio, adquiere aquél el derecho de exigir la entrega del objeto y contrae, al mismo tiempo, la obligación de pagarlo. Y el segundo, por su parte, debe entregar la cosa y puede lícitamente exigir el precio. El deber de cada uno es correlativo de un derecho del otro:



[3] GURVITCH, obra citada, pág. 105.

[4] "En los términos que los lógicos llaman correlativos, la relación consiste en que no puede pensarse el uno sin el otro, ni el otro sin el uno." M. G. MORENTE, *Lecciones Preliminares de Filosofía*, Tucumán, 1938, pág. 192.

No pocos autores definen el derecho subjetivo como la "facultad de hacer o de omitir algo". Esta definición tiene el inconveniente de que el término *facultad,* además de su acepción normativa, que equivale a "derecho" o "posibilidad de obrar lícitamente", puede ser empleado en un sentido enteramente distinto.

Cuando decimos que Paderewsky era un pianista "de grandes facultades", empleamos el vocablo en el sentido de aptitud, destreza o poder; en cambio, al afirmar que quien ha hecho un depósito "está facultado" para pedir su devolución, no nos referimos a una aptitud, sino a un derecho subjetivo.

El derecho subjetivo es una *posibilidad,* porque la atribución del mismo a un sujeto no implica el ejercicio de aquél; pero esa posibilidad (de hacer o de omitir) difiere de la puramente fáctica, en cuanto su *realización* ostenta el signo positivo de la *licitud.*[5] El derecho, como tal, no es un hecho; pero su ejercicio sí tiene ese carácter. Volvamos a los ejemplos. La Ley Federal del Trabajo permite al obrero injustificadamente despedido exigir del patrono el pago de una indemnización. El derecho subjetivo del trabajador no es un hecho, sino una posibilidad cuya realización está *jurídicamente permitida,* lo cual significa que el facultado puede, si quiere, reclamar lo que se le adeuda. Supongamos que el obrero reclama la indemnización. La conducta desplegada por él es un *hecho,* pero un hecho que ostenta el signo positivo de la *licitud,* precisamente porque constituye el ejercicio de una facultad legal.

El examen del ejemplo claramente revela que la norma que concede al trabajador despedido el derecho de exigir que se le indemnice, lógicamente implica la existencia de otra, en virtud de la cual el patrono tiene el deber de pagar la indemnización. Por ello sostenemos que la regulación jurídica es una *conexión de dos juicios,* recíprocamente fundados, uno *imperativo* y otro *atributivo.* El que impone el deber al obligado lógicamente implica a que concede al pretensor un derecho subjetivo, y viceversa. Pues si el cumplimiento de la obligación del primero no pudiese ser reclamado por el derechohabiente, ese deber no sería una deuda, ni tendría carácter jurídico.

La norma: "el trabajador injustificadamente separado tiene el derecho de exigir del patrono el pago de una indemnización" es, pues, equivalente a esta otra, que alude al segundo aspecto del mismo nexo: "el patrono que ha despedido injustificadamente a un trabajador está obligado a indemnizarlo". No se trata de un solo precepto, *sino de dos normas distintas,* que

[5] Cfr. E. García Máynez, *Introducción a la Lógica Jurídica,* Fondo de Cultura Económica, México, 1951, capítulo VI, pág. 180.

mutuamente se implican. Y las dos son equivalentes, porque, pese a su diferente significación, se refieren a una sola relación jurídica. El juicio atributivo refiérese al aspecto activo; el imperativo, al aspecto pasivo de ese vínculo.

La misma distinción suele expresarse diciendo que las normas morales establecen deberes del hombre para consigo mismo, en tanto que las jurídicas señalan las obligaciones que tiene frente a los demás. Esta fórmula es poco clara, porque las impuestas por los imperativos éticos pueden consistir en la ejecución de una conducta relativa a otros sujetos, distintos del obligado. La máxima que prohíbe mentir sólo puede ser cumplida en las relaciones interhumanas. Lo propio debe afirmarse del precepto que nos ordena ser caritativos. El deber de la caridad únicamente se concibe cuando un sujeto entra en relación con otros. Ello no quiere decir, sin embargo, que la obligación de socorrer al pobre sea una deuda frente a éste. Estrictamente hablando, *no es un deber del sujeto frente a sus semejantes, aun cuando se manifieste en relación con ellos.* Se trata de un deber del individuo *para consigo mismo,* precisamente porque sólo su conciencia puede reclamarle el acatamiento de lo ordenado.[6] Metafóricamente podríamos decir que su conciencia es la única instancia autorizada para exigirle el cumplimiento de lo prescrito.[7] Cosa distinta ocurre en el campo del derecho, porque las obligaciones que éste impone no solamente se manifiestan en las relaciones recíprocas de los hombres, sino que son deberes de carácter exigible. Tal exigibilidad es la que hace de ellos verdaderas deudas.

10. INTERIORIDAD Y EXTERIORIDAD.—Numerosos autores pretenden distinguir moral y derecho oponiendo a la interioridad de la primera la exterioridad del segundo. Tal criterio encuentra su antecedente —al menos en su formulación moderna— en una de las doctrinas morales de Kant.[8]

[6] "El cumplimiento de las normas ideales de la moralidad es independiente de toda organización exterior. La persona que quiere vivir moralmente tiene sólo que escuchar la voz de su conciencia. En cuestiones de esta índole no hay una legislación externa, ni existe juez ajeno. Toda ética tiene que ser, por consiguiente, individual. No hay ética social, en contraposición a la del individuo. Los preceptos morales que rigen la vida pública son los mismos que norman la privada. La moralidad no arranca del hecho de la existencia colectiva, sino que se encuentra frente a la sociedad como ante muchos otros hechos. Lo social es para el moralista una circunstancia con la que debe contar, a fin de valorar éticamente la conducta del sujeto en la vida común. Mas la sociedad no es nunca, para la consideración moral, un fin en sí, sino un simple medio. En el centro de la moralidad hállase siempre el individuo. Este principio vale inclusive para la ética cristiana, altruísta por esencia." W. HEINRICH, *Zur Problematik des Gewohnheitsrechts,* RECUEIL GÉNY, II, pág. 280.

[7] En el ámbito de la moralidad, la persona real siéntese colocada, como dice HARTMANN, frente a una idea de la persona. El yo síntesis se ve desgarrado en un *yo empírico* y un *yo moral.* El primero se inclina respetuoso ante el segundo, reconoce en él un derecho de señorío y lleva sobre sí las culpas que su juez le atribuye.

[8] *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres,* cap. I.

La teoría fue elaborada por el filósofo de Koenigsberg al explicar el concepto de *voluntad pura.* Posteriormente ha sido utilizada por los juristas para diferenciar las normas de que hemos venido hablando.

Una conducta es buena, según el pensador prusiano, cuando concuerda, no sólo exterior, sino interiormente, con la regla ética. La simple concordancia externa, mecánica, del proceder con la norma, carece de significación a los ojos del moralista. Lo que da valor al acto no es el hecho aparente, la manifestación que puede ser captada por los sentidos, sino el móvil recóndito, la rectitud del propósito.

A la *moral pragmática*, que mide el mérito de la conducta en función de los resultados que produce, opone Kant la ética de las intenciones,[9] para la cual el elemento decisivo es la pureza de la voluntad.

Cuando una persona ejecuta un acto de acuerdo con el deber, mas no por respeto a éste, su comportamiento no merece el calificativo de virtuoso. Lo contrario ocurre si el sujeto no tiene más mira que el cumplimiento de la norma, y no se preocupa por las consecuencias de su actitud. La coincidencia externa constituye en este caso un fiel trasunto de la interna. Lo que el autor de la *Crítica de la Razón Pura* llama *interioridad* es, por tanto, una modalidad o atributo de la voluntad. Para que una acción sea buena requiérese que el individuo obre no únicamente *conforme al deber,* sino por *deber,* es decir, sin otro propósito que el de cumplir la exigencia normativa. El pensador germánico lleva a tal extremo el rigorismo de su tesis, que niega valor moral a los actos efectuados por inclinación, aun cuando ésta sólo engendre efectos benéficos. Si un hombre socorre a un menesteroso para disfrutar del íntimo placer que el ejercicio de la caridad le produce, su actitud no posee valor ético alguno. La correspondencia exterior de un proceder con la regla no determina, por sí misma, la *moralidad* de aquél. Es simple *legalidad,* corteza que oculta o disfraza determinadas intenciones. La imagen evangélica de los "sepulcros blanqueados" alude a una distinción parecida. La actitud externa —palabras, gesto, ademán— es mera apariencia, envoltura que solamente tiene relieve moral cuando encubre un propósito sano.

Nada mejor, para completar la exposición que antecede, que repetir alguno de los ejemplos de la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres.* Conservar la vida, dice Kant, es incuestionablemente un deber, pero

[9] "Sólo la bondad de los propósitos —escribe MAX SCHELER— permite distinguir los fines de Dios de las miras del diablo." *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik,* Halle, 1927, 3ª ed., pág. 5.

su cumplimiento carece casi siempre de significación ética. El hombre que conserva su existencia por amor a ella no realiza un acto virtuoso, porque el objetivo de su conducta no es la obediencia de la norma, sino una inclinación hondamente arraigada en el instinto. Supongamos ahora que un infeliz, víctima de la adversidad, ha perdido todo apego a la existencia y, aun deseando morir, conserva la vida, sin amarla, no por temor o inclinación, sino exclusivamente por respeto al precepto que le ordena no atentar contra la misma. El comportamiento de este individuo tendrá un valor ético pleno.

La tesis de Kant ha sido aplicada a la cuestión que discutimos. Se ha sostenido que, a diferencia de la moral, la cual reclama ante todo la rectitud de los propósitos, el derecho limítase a prescribir la ejecución, puramente externa, de ciertos actos, sin tomar en cuenta el lado subjetivo de la actividad humana.

El anterior criterio no es absoluto, pues la moral no sólo se preocupa por el fuero interno del sujeto, ni el derecho considera únicamente la exterioridad de las actitudes. Aquélla demanda asimismo que obremos con rectitud y hagamos cristalizar en actos nuestros propósitos; y éste no busca de manera exclusiva la mera adecuación exterior, la simple legalidad, sino que atiende también a los resortes de la conducta.[10]

Una moral que solamente mandase pensar bien resultaría estéril. El moralista examina de manera preferente la pureza de nuestras miras, mas no desdeña las manifestaciones externas de la voluntad. Por ello exige que las buenas intenciones trasciendan a la práctica. De lo contrario, únicamente servirían "para empedrar el camino del infierno".

El derecho tampoco se conforma con la pura legalidad. A menudo penetra en el recinto de la conciencia y analiza los móviles de la conducta, atribuyéndoles consecuencias jurídicas de mayor o menor monta. Piénsese, por ejemplo, en el papel que desempeña la intencionalidad en el derecho penal, o en el que juega, en materia civil, la buena fe. Es cierto que el jurista carece de medios absolutamente idóneos para establecer, en cada caso, la existencia o inexistencia de determinadas intenciones. Los datos de que puede echar mano para comprobar o inferir los elementos psicológicos de un comportamiento son siempre sucesos externos, más o menos engañosos, que es indispensable interpretar. La circunstancia de que

[10] "Si bien el derecho observa una cierta laxitud en cuanto a las motivaciones, esto no significa que deje de considerar en absoluto el elemento psíquico. No sería posible una valoración jurídica de acto alguno sin desembocar en cierto modo en los motivos. Lo cierto es tan sólo que la moral parte de la consideración del motivo para llegar después al aspecto físico o externo, mientras que el derecho sigue un procedimiento inverso; pero tanto en un caso como en otro se trata sólo de precedencia o preponderancia en la consideración, no de exclusividad." GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*. Trad. de RECASÉNS SICHES, 2ª Ed., tomo I, pág. 211.

en estas ocasiones la técnica jurídica resulte imperfecta, no indica indiferencia del derecho ante el aspecto íntimo de la actividad humana, sino todo lo contrario. Pero es indudable que desde el punto de vista jurídico la exterioridad de la conducta posee trascendencia mayor, y que desde el ángulo ético la interioridad es lo fundamental.

Los intereses de la moral y el derecho siguen direcciones diversas, como lo expresa muy bien Gustavo Radbruch.[11] La primera preocúpase por la vida interior de las personas, y por sus actos exteriores sólo en tanto que descubren la bondad o maldad de un proceder. El segundo atiende esencialmente a los actos externos y después a los de carácter íntimo, pero únicamente en cuanto poseen trascendencia para la colectividad. Al jurista preocúpale ante todo la dimensión objetiva de la conducta; el moralista estudia en primer término su dimensión subjetiva. Aquél pondera el valor social de las acciones; éste analiza la pureza de los pensamientos y la rectitud del querer. O, expresado en otros términos: el derecho refiérese a la realización de *valores colectivos*, mientras la moral persigue la de *valores personales.*

11. COERCIBILIDAD E INCOERCIBILIDAD.—A la *incoercibilidad* de la moral suele oponerse la *coercibilidad* del derecho. Los deberes morales son incoercibles. Esto significa que *su cumplimiento ha de efectuarse de manera espontánea.* Puede ocurrir que alguien realice, sin su voluntad, ciertos actos ordenados o prohibidos por una norma. En tal hipótesis, lo que haga carecerá de significación ética. Si el acto es obligatorio no tendrá el sujeto ningún mérito; si aquél se encuentra vedado, resultará imposible declarar responsable a éste. Lo que el individuo ocasiona, movido por una fuerza extraña, no constituye un proceder. No es conducta, sino hecho. De conducta sólo cabe hablar tratándose de actos imputables al hombre, es decir, de actitudes que exterioricen sus intenciones y propósitos.

Lo inadmisible en el terreno moral conviértese en la esfera jurídica en posibilidad que se realiza con frecuencia. El derecho tolera y en ocasiones incluso prescribe el empleo de la fuerza, como medio para conseguir la observancia de sus preceptos. Cuando éstos no son espontáneamente acatados, exige de determinadas autoridades que obtengan coactivamente el cumplimiento. La posibilidad de recurrir a la violencia, con el fin de lo-

---

[11] "No hay ningún dominio de acciones externas o internas que no pueda someterse a valoración tanto jurídica como moral. Lo que al principio parecía como una distinción entre moral y derecho, puede mantenerse como una distinción en la dirección de sus intereses: la conducta externa interesa sólo a la moral, en cuanto es testimonio de una conducta íntima; la conducta interna emerge sólo en el círculo del derecho, en cuanto de ella cabe esperar una acción externa." RADBRUCH, *obra cit.*, pág. 54.

grar la imposición de un deber jurídico, se halla, por tanto, normativamente reconocida. En lo que atañe a las obligaciones morales no hay posibilidad semejante.

Al decir que el derecho es coercible no prejuzgamos el debatido problema que consiste en establecer si la sanción es o no esencial a las normas jurídicas. Coercibilidad no significa, en nuestra terminología, existencia de una sanción.

Si otorgásemos al vocablo tal sentido, resultaría impropio sostener que la coercibilidad es lo que distingue a la moral del derecho, ya que los mandamientos de la primera poseen también sus sanciones, aunque de otra índole.[12] Por coercibilidad entendemos la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado. Ahora bien: esta posibilidad es independiente de la existencia de la sanción.

12. AUTONOMIA Y HETERONOMIA.—Otra de las doctrinas de Kant que ha sido aplicada a la cuestión que nos ocupa, es la de la autonomía de la voluntad.[13] Toda conducta moralmente valiosa debe representar el cumplimiento de una máxima que el sujeto se ha dado a sí mismo. Cuando la persona obra de acuerdo con un precepto que no deriva de su albedrío, sino de una voluntad extraña, su proceder es heterónomo, y carece, por consiguiente, de mérito moral.

En el ámbito de una legislación autónoma legislador y obligado se confunden. El autor de la regla es el mismo sujeto que debe cumplirla. *Autonomía quiere decir autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia. Heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa.* En la esfera de una legislación heterónoma el legislador y el destinatario son personas distintas; frente al autor de la ley hay un grupo de súbditos.

De acuerdo con esta tesis los preceptos morales son autónomos, porque tienen su fuente en la voluntad de quienes deben acatarlos. Las normas del derecho son, por el contrario, heterónomas, ya que su origen no está en el albedrío de los particulares, sino en la voluntad de un sujeto diferente.

Toda norma ética requiere, para su realización, el asentimiento del

---

[12] "La coercibilidad es una *posibilidad de derecho,* no de *hecho,* esto es, la licitud de reprimir la antijuridicidad. El hecho de que la inobservancia del derecho no se impida en algún caso mediante la coacción, no afecta la *posibilidad jurídica* de la coacción misma." AFTALIÓN y GARCÍA OLANO, *Introducción al derecho,* 3ª ed., Buenos Aires, pág. 214.

[13] *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres,* pág. 97 de la versión de MANUEL GARCÍA MORENTE.

obligado; las jurídicas poseen una pretensión de validez absoluta, independiente de la opinión de los destinatarios. El legislador dicta sus leyes de una manera autárquica, sin tomar en cuenta la voluntad de los súbditos. Aun cuando éstos no reconozcan la obligatoriedad de aquéllas, tal obligatoriedad subsiste, incluso en contra de sus convicciones personales.

La doctrina que acabamos de exponer se funda en una concepción, ya superada, del acto moral. Hartmann ha demostrado [14] que la noción kantiana de autonomía es contradictoria. El autolegislador que describe el filósofo de Koenigsberg no es el hombre real, sino una voluntad absolutamente pura, incapaz de apartarse de lo que el deber prescribe. Las máximas oriundas de esa voluntad valen universalmente; todo ser racional ha de someterse a ellas. Frente a la *voluntad buena*, legisladora de la conducta humana, aparece el *querer empírico*. Distínguese de la voluntad pura en que, a diferencia de ella, puede obrar en contra de los imperativos morales. Sólo que, cuando éstos son violados, no pierden su validez. La exigencia normativa constituye, frente al infractor, una instancia independiente, a la que debe someterse. No se trata de un principio creado por el obligado, sino de una máxima que vale incondicionalmente para él, la obedezca o no la obedezca. Si frente al querer empírico, que es el único real, las reglas morales no forman una legislación subordinada a tal querer, tendremos que admitir que no son autónomas. Esto no significa, por supuesto, que provengan de otra voluntad. Quiere decir simplemente que valen por sí mismas, aun en la hipótesis de que el individuo a quien se dirigen no las acepte. Su obligatoriedad no podrá fundarse en una voluntad humana, sino en exigencias ideales y, en última instancia, en valores objetivos. El hombre debe ser sincero, no porque se haya propuesto serlo, o porque un legislador cualquiera se lo ordene, sino porque la sinceridad es un valor que puede y debe realizar. Si la legislación moral fuese autónoma, habría que reconocer al obligado no sólo la facultad de darse normas, también el derecho de derogarlas o modificarlas a su antojo. Pues no es legislador genuino quien es capaz de dictar leyes, mas no de quitarles su fuerza obligatoria, ni de substituirlas por otras. A pesar de lo dicho, ningún moralista atribuiría al sujeto facultad semejante. La razón es muy sencilla: a lo único que el hombre no puede hallarse sometido es a su propia voluntad. Dividir a la persona en un yo empírico y un yo moral, como lo intenta Kant, es reconocer que el primero se encuentra normativamente ligado al segundo o, lo que es igual, que carece de autonomía frente a éste. Una lectura cuidadosa de la *Fundamentación de la Metafí-*

---

[14] NICOLAI HARTMANN, *Ethik*, capítulos 11, 12 y 13.

sica de las Costumbres corroboraría los anteriores asertos. La definición de la voluntad buena, como la que obra no sólo conformemente al deber, sino también por deber, revela la posibilidad de que el individuo obedezca a motivos de determinación diversos del mero respeto a la ley moral. O, expresado en otro giro: su voluntad será moralmente buena en la hipótesis de que entre la conducta y el precepto haya una concordancia tanto interna como externa. Si el individuo es capaz de proceder conformemente al deber, mas no por deber, a pesar de que esto último sea lo exigido, quiere decir que sólo el querer empírico es virtuoso o malo y, por tanto, que las normas morales son frente a la persona una legislación independiente de su albedrío. Por otra parte, el mismo Kant declara que la moralidad de la conducta no sólo depende de la concordancia externa e interna del proceder con un precepto establecido por el obligado, sino del carácter universal de la máxima. Pero es indudable que la universalidad de la exigencia ética no es otra cosa que su valor objetivo, el cual no es obra de la voluntad del sujeto, ni varía en función de sus caprichos. La persona puede proponerse el cumplimiento de sus deberes y reconocer la justificación de determinado principio, mas no crearlo. Reconocimiento respetuoso y espontáneo de una regla ética no significa autolegislación.

CAPITULO III

EL DERECHO Y LOS CONVENCIONALISMOS SOCIALES

SUMARIO

13. PUNTOS DE CONTACTO ENTRE LAS NORMAS JURIDICAS Y LOS CONVENCIONALISMOS.—Uno de los problemas más arduos de la filosofía del derecho es el que consiste en distinguir las normas jurídicas y los convencionalismos sociales. Como ejemplos más importantes de esta clase de reglas podríamos citar los preceptos del decoro y la cortesía, las exigencias de la etiqueta y la moda y, en general, todas las *normas de origen consuetudinario y estructura unilateral.*[1]

Estos preceptos se parecen tanto a los del derecho, que ciertos autores han creído imposible establecer una distinción. Del Vecchio, por ejemplo, opina que la conducta del hombre sólo puede ser objeto de regulación moral o regulación jurídica, y Radbruch sostiene que los usos representan una etapa embrionaria de las normas del derecho, o bien una degeneración de éstas.

Los teóricos no han logrado siquiera ponerse de acuerdo en la denominación que deba darse a dichas reglas. El primer autor que se ocupó en estudiarlas —nos referimos a Austin—, las llama, muy impropiamente por cierto, moralidad positiva *(positive morality)*;[2] Jhering les da

[1] "Los convencionalismos sociales se basan en la costumbre, es decir, en la repetición frecuente de un determinado comportamiento. Pero hay que insistir en que el simple hecho de la repetición no los engendra, pues éste sólo es, por sí mismo, una legalidad científico-natural o, lo que es igual, una regularidad, en el sentido de lo normal. Sólo cuando al uso se une la convicción de los individuos que lo practican, de que así como de hecho se procede, *debe* también procederse, cabe hablar de un convencionalismo social auténtico. Las reglas convencionales únicamente se conciben como una síntesis de facticidad y normatividad. Lo importante no es que en una cierta época se usen trajes o sombreros de tal o cual corte o color, sino que en la conciencia de los individuos exista la idea de que esas prendas *deben* usarse." WALTER HEINRICH. *Zur Problematik des Gewohnheitsrechts*, RECUEIL GÉNY, tomo II, pág. 277.

[2] Citado por SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, pág. 78.

el nombre de *usos sociales (Sitte)*;[3] Nicolai Hartmann las denomina *reglas del trato externo*;[4] Stammler emplea la expresión *normas convencionales*;[5] Recaséns Siches prefiere decir *reglas del trato social.*[6] Nosotros emplearemos los términos *reglas convencionales, convencionalismos sociales y usos sociales,* no porque creamos que son los más adecuados, sino atendiendo a que el uso de los mismos es el más común.

El programa del presente capítulo es el siguiente:

1º Exposición de las doctrinas que niegan la posibilidad de distinguir conceptualmente las reglas jurídicas y los convencionalismos (tesis de Del Vecchio y Radbruch);

2º Discusión de los principales criterios distintivos propuestos por los autores (opiniones de Stammler, Jhering, Somló, Recaséns Siches);

3º Exposición de nuestro punto de vista.

Antes de discutir estos temas será conveniente señalar, en forma brevísima, cuáles son los atributos comunes a las reglas del trato y los preceptos del derecho.

La primera de las semejanzas estriba en su carácter social. No tendría ningún sentido hablar de los deberes sociales de un hombre aislado. Robinson en su isla puede olvidar perfectamente las reglas de la etiqueta y la moda. Cuando un individuo cierra tras de sí la puerta de su alcoba y permanece solo en ella, los convencionalismos — dice Jhering — se quedan afuera.[7]

Un segundo punto de contacto lo encontramos en la *exterioridad* de las dos especies de preceptos. La oposición *exterioridad-interioridad,* a que aludimos al tratar de distinguir derecho y moral, se da también entre las reglas convencionales y las normas éticas. Las exigencias de la moda, verbigracia, refiérense a un aspecto puramente externo de la conducta. En las reglas de urbanidad y cortesía descubrimos la misma característica. Quien saluda de acuerdo con los dictados de la buena crianza, cumple con ellos, aun cuando la manifestación exterior de afecto o respeto no coincida con los sentimientos de la persona que hace el saludo, ni sea expresión sincera de la opinión que ésta tiene acerca de la otra. La falta que en tales casos se comete no constituye una violación de la regla de urbanidad que ordena saludar en tal o cual forma, sino un desacato al imperativo ético que prohibe la hipocresía.

Una tercera nota común es la *absoluta pretensión de validez.* No se

---

[3] *Zweck im Recht.* II, pág. 241.
[4] *Ethik,* 2a. ed., pág. 435.
[5] *Filosofía del Derecho,* pág. 102 de la edición castellana.
[6] *Vida humana, sociedad y derecho,* pág. 95.
[7] *Der Zweck im Recht.* Zweite Aufl. Breitkopf & Härtel. Leipzig. 1886, II, pág. 387.

trata de invitaciones o consejos, sino de exigencias que reclaman un sometimiento incondicional, sin tomar en cuenta la aquiescencia de los obligados.

Generalmente, los convencionalismos son exigencias tácitas de la vida colectiva, es decir, carecen de una formulación expresa y absolutamente clara; pero nada impide admitir la posibilidad de que se les formule e inclusive se les codifique. Una prueba de ello la encontramos en los manuales de urbanidad y los códigos del honor.

Hemos visto qué semejanzas existen entre los preceptos jurídicos y los convencionalismos sociales; consideremos ahora el pensamiento de los autores que niegan la posibilidad de separar *conceptualmente* esas dos clases de reglas.

14. TESIS DE GIORGIO DEL VECCHIO.—La actividad humana —dice el jurista italiano— puede hallarse sujeta a obligaciones que unas veces tienen una índole típicamente moral y otras asumen carácter jurídico. Las normas creadoras de las primeras son siempre unilaterales; las que establecen las segundas poseen estructura bilateral. Lógicamente, no es posible admitir la existencia de una regla de conducta que no pertenezca a alguna de las dos categorías que hemos citado, es decir, que no sea *imperativa* simplemente o *imperativo-atributiva*. En el mundo real encontramos, sin embargo, una larga serie de preceptos de aspecto indefinido, relativamente a los cuales resulta difícil la determinación de su naturaleza. Tales preceptos parécense a veces a la moral y a veces al derecho, por lo cual se ha dicho que se hallan a igual distancia de las normas de aquélla y de éste. Pero un examen atento revela al investigador que, o bien imponen deberes solamente, caso en el cual son imperativos morales, o conceden además facultades, y entonces poseen carácter jurídico.

Estas reglas de perfil equívoco pueden ser normas imperativo-atributivas que han perdido su estructura bilateral o, por el contrario, preceptos morales que aspiran a convertirse en reglas de derecho.

Los llamados convencionalismos no constituyen, de acuerdo con lo expuesto, una clase especial de normas, sino que pertenecen, comúnmente, al ámbito de la moral, en cuanto no facultan a nadie para exigir la observancia de las obligaciones que postulan.[8]

Lo que hemos dicho de los usos sociales podemos afirmarlo igualmente de las normas religiosas. Suponen éstas una relación entre el hombre y la divinidad, e imponen a aquél deberes para con Dios, para consigo mismo

[8] "Las valoraciones jurídicas implican siempre una referencia *transubjetiva*. Lo que

o para con sus semejantes. Tales preceptos revisten necesariamente, según los casos, forma bilateral o unilateral, lo que significa que en rigor no representan una nueva especie de normas, sino "el fundamento *sui géneris*, puramente metafísico y trascendente, de un sistema regulador de la conducta, compuesto de una moral y un derecho relacionados entre sí de cierto modo. Se trata de una sanción nueva y más alta, que los creyentes atribuyen a los propios deberes morales y jurídicos: sanción que se refiere al reino de ultratumba y se encuentra representada en la tierra por los sacerdotes de la iglesia a que aquéllos pertenecen. Pero una autoridad eclesiástica no puede establecer regulación ninguna si no es sujetándose a las formas de la obligatoriedad subjetiva o intersubjetiva o, lo que es lo mismo, a la moral o al derecho".[9]

15. TESIS DE GUSTAVO RADBRUCH.—El profesor alemán Gustavo Radbruch niega, también, como Del Vecchio, la posibilidad de distinguir conceptualmente las normas jurídicas y las reglas del trato social.

Todos los productos de la cultura caracterízanse, según el maestro germánico, por constituir una congerie de obras orientadas hacia la consecución de lo valioso. El arte de un país o de una época, por ejemplo, es el conjunto de producciones en que late el anhelo de alcanzar la belleza, aun cuando muchas de ellas representen intentos fracasados o realizaciones imperfectas.

El derecho, la moral, la religión, en una palabra, todas las formas de la cultura, poseen orientación análoga y tienden siempre al logro de valores: justicia, bondad, santidad, etc. Pero si inquirimos cuáles sirven de meta a los convencionalismos no lograremos descubrirlos, sencillamente porque no existen.

"Los conceptos culturales referidos a un valor, pueden definirse con ayuda de la idea a que se orientan. De esta manera hemos determinado a la moral como la realidad cuyo sentido estriba en desarrollar la idea de lo bueno y al derecho como la realidad que tiene el sentido de servir a la justicia. Una idea, empero, a la que el decoro social pudiera orien-

---

un sujeto puede jurídicamente lo puede *frente a los demás:* la facultad jurídica significa facultad de exigir alguna cosa de otro. De aquí que, mientras las valoraciones morales son *subjetivas* y *unilaterales*, las *jurídicas*, en cambio, son *objetivas* y *bilaterales*. La norma ética, en el primer sentido, es norma sólo para el sujeto; esto es, el precepto moral indica una directriz sólo para aquel que debe obrar. Y aunque a veces también el comportamiento del sujeto al cual se dirige la norma tenga efectos sobre otros, éstos, sin embargo, no reciben de aquella norma ninguna indicación acerca de su propia conducta o modo de obrar." GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed. castellana, tomo I, pág. 414.

9 *"L'Homo juridicus" e l'insufficienza del diritto come regola della vita*, Roma, 1936, pág. 18.

tarse, no se encuentra, y con ello fracasa la conmensurabilidad de la moral y el derecho, por un lado, con el decoro social, por otro. El decoro social no puede coordinarse a los otros conceptos culturales, carece de sitio en el sistema de los conceptos de la cultura." [10]

La conexión entre derecho y convencionalismos, sigue diciendo Radbruch, no es, en realidad, de orden lógico, sino histórico. Esto quiere decir que los usos pueden ser una etapa embrionaria de los preceptos del derecho, o bien, por el contrario, una degeneración de los mismos. Tal circunstancia sólo se explica en cuanto dichas reglas no difieren de manera substancial.

Examinemos ahora las doctrinas elaboradas con el propósito de distinguirlas.

16. TESIS DE RODOLFO STAMMLER.—Las normas del derecho y los convencionalismos sociales deben ser distinguidos, según el profesor Rodolfo Stammler, atendiendo a su *diverso grado de pretensión de validez.*[11] Las primeras pretenden valer de manera incondicional y absoluta, independientemente de la voluntad de los particulares; los segundos son invitaciones que la colectividad dirige al individuo, incitándolo a que se comporte en determinada forma.

"La voluntad jurídica, por su carácter autárquico, prevalece sobre las reglas convencionales con su eficacia de simples invitaciones. Estas se circunscriben al puesto que el derecho les cede y señala. La forma del derecho abarca, pues, la totalidad de la vida social, aunque poniendo a contribución los usos y costumbres posibles o existentes, para regular la comunidad como la ley suprema lo exige."

La tesis de Stammler nos parece inaceptable. Los preceptos de la etiqueta, las reglas del decoro y, en general, todos los convencionalismos, son exigencias de tipo normativo. Quien formula una invitación deja al arbitrio del invitado la aceptación o no aceptación de la misma; quien, como legislador, estatuye deberes jurídicos, reclama, en cambio, obediencia incondicional, sin tomar en cuenta el asentimiento de los obligados ni conceder a éstos el derecho de poner en tela de juicio la justificación de los respectivos mandatos.

Si los usos sociales son invitaciones, no es posible atribuirles carácter obligatorio; y, si tienen tal carácter, ilógico resulta desconocer su absoluta pretensión de validez. Ahora bien, es evidente que la sociedad quiere que sus convencionalismos sean fielmente acatados, y que

[10] *Filosofía del Derecho*, trad. de MEDINA ECHAVARRÍA, pág. 66.
[11] *Filosofía del Derecho*, trad. de W. ROCES, págs. 102 y sigs.

tal pretensión es análoga a la del orden jurídico. Trátase, en ambos casos, de legislaciones heterónomas, que exigen un sometimiento incondicional.

17. TESIS DE RODOLFO JHERING. "Si en otra época, antes de que profundizara mis estudios sobre las reglas convencionales —escribe Jhering— se me hubiera preguntado en dónde radica la diferencia entre aquéllas y el derecho, habría respondido: únicamente en la *diversidad de su fuerza obligatoria.* El derecho apoya la suya en el poder coactivo, puramente mecánico, del Estado; los usos en la coacción psicológica de la sociedad. Desde el punto de vista del contenido no ofrecen ninguna diferencia; la misma materia puede asumir forma jurídica o forma convencional. A mis investigaciones posteriores sobre el propio tema debo la convicción de que al contraste *externo* corresponde otro *interno;* es decir: que hay materias que, de acuerdo con su fin, pertenecen al derecho, y otras que, por igual razón, corresponden a los convencionalismos; lo que no excluye la posibilidad de que, históricamente, adopte aquél la forma de éstos, o los segundos la del primero." [12]

A nuestro modo de ver, la tesis anterior es falsa. Aun cuando es cierto que, por regla general, determinadas materias han sido objeto de una reglamentación jurídica, y otras de regulación convencional, también es verdad que el apuntado criterio de distinción no es absoluto, y sus excepciones tan frecuentes, que acaban por destruir la regla. Es curioso observar cómo el propio Jhering, al terminar el párrafo que arriba transcribimos, reconoce que, a través de la historia, el derecho puede aparecer bajo la forma de los convencionalismos, y viceversa. Por otra parte, no cumple la tarea que se propone, ya que no dilucida qué contenidos son de índole jurídica exclusivamente y cuáles pertenecen, de acuerdo con su naturaleza, al campo de la regulación convencional.

Un análisis histórico comparativo del derecho y las costumbres revelaría la imposibilidad de distinguir, desde el punto de vista material, las normas jurídicas y los usos sociales.

"En los siglos XV y XVI, por ejemplo, promulgáronse varias ordenanzas prohibiendo las colas y vestidos de terciopelo (Ordenanzas de Colonia sobre el Lujo, del año de 1542), los adornos de plumas, las calzas españolas, los miriñaques y las bombachas. Y en 1528, Jorge de Sajonia permitió a las damas y señoritas de la nobleza que llevaran colas

[12] R. JHERING, *Zweek im Recht,* tomo II, pág. 296 (*El fin en el derecho.* Hay traducción española de LEONARDO RODRÍGUEZ).

en sus vestidos, siempre y cuando éstas no tuvieran más de dos varas de largo." [13]

Pero no hace falta volver los ojos al pasado en busca de ejemplos. También en el derecho actual son abundantes. Recuerde el lector las ordenanzas militares acerca del saludo y el uniforme, o las reglas del ceremonial diplomático.

18. DOCTRINA DE FELIX SOMLÓ.[14] Los preceptos jurídicos y los convencionalismos sociales deben ser distinguidos, según el jurista húngaro Félix Somló, atendiendo a su diverso origen. Aquéllos son obra del Estado; éstos, creación de la sociedad.

El criterio que acabamos de enunciar tampoco es aceptable, porque, en primer término, es falso que las normas del derecho deriven siempre de la actividad legislativa estatal. El derecho consuetudinario, como su nombre lo indica, nace de ciertas costumbres colectivas, reconocidas por quienes las practican como fuente de facultades y deberes.

Por otra parte, es incorrecto explicar el derecho en función del Estado, o establecer entre ambos una relación genética, porque este último, como organización jurídica, no puede existir antes que aquél, ni ser considerado como su creador.

19. TESIS DE LUIS RECASENS SICHES. El más brillante de los estudios que conocemos sobre la diferenciación entre normas jurídicas y convencionalismos es el del profesor español Recaséns Siches.

Considera el maestro hispano que las reglas convencionales no deben ser distinguidas únicamente del derecho, sino también de la moral, ya que, aun cuando se asemejan a las normas de uno y otra, no se identifican con ellas.

Los usos sociales y los preceptos éticos tienen los siguientes puntos de contacto:

1º Carecen de organizaciones coactivas destinadas a vencer la resistencia de los sujetos insumisos.

2º Sus sanciones no tienden al cumplimiento ejecutivo de la norma infringida.

Moral y usos difieren:

1º En que aquélla considera al obligado en su individualidad, y éstos

[13] FÉLIX SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, pág. 72.
[14] *Juristische Grundlehre*, 2ª ed., 1927, pág. 72.

refiérense a él como "sujeto-funcionario" o miembro "intercambiable" de un grupo.[15]

2º La moral exige una conducta esencialmente interna, y los usos un comportamiento fundamentalmente externo.

3º La primera posee validez ideal; los segundos tienen vigencia social.

4º La moral es autónoma; los convencionalismos son heterónomos.

Los usos parécense al derecho:

1º En su carácter social.
2º En su exterioridad.
3º En su heteronomía.

La diferencia entre ambos no debe buscarse en el contenido, sino en la naturaleza de las sanciones y, sobre todo, en la finalidad que persiguen. La de los usos tiende al castigo del infractor, mas no al cumplimiento forzado de la norma; la jurídica, en cambio, persigue como finalidad esencial la observancia del precepto. "La sanción de las normas del uso social es sólo la expresión de una condenación, de una censura al incumplimiento contra el infractor por parte del círculo colectivo correspondiente, pero no la imposición de la observancia forzada de la norma. Podrá resultar en sus efectos para el sujeto todo lo terrible que se quiera; podrá producirse la sanción de reprobación llegando incluso a la exclusión del círculo, de modo inexorable; podrá asimismo la sanción estar prevista o contenida en algún modo en la norma del uso —que es lo que no supo ver Max Weber—, pero esta sanción no consiste en someter efectivamente al sujeto a comportarse como la norma usual determina: quien no la cumple es sancionado, pero no es forzado a cumplirla. De la estructura de la norma usual podrá formar parte una sanción, pero esta sanción jamás consiste en la ejecución forzada e inexorable de lo que manda la norma usual. Ahora bien, por el contrario, en el derecho, cabalmente la posibilidad predeterminada de esa ejecución forzada, de la imposición inexorable de lo determinado en el precepto jurídico, incluso por medio del poder físico, constituye un ingrediente esencial de éste.[16]

[15] "Las reglas del trato no toman en cuenta al sujeto como individuo en su vida plenaria y propia, sino que lo consideran como sujeto funcionario de una colectividad, como miembro fungible de un círculo, es decir, como magnitud intercambiable, genérica, de un grupo. No se refieren a lo que el individuo hace como tal individuo, sino a aquello que hay en su vida de comunal, de mostrenco, de cauce o sendero genérico, en su pertenencia a una esfera social." *Vida humana, sociedad y derecho*, pág. 103.

[16] Luis Recaséns Siches, *Estudios de Filosofía del Derecho*, pág. 128.

20. EXPOSICION DE NUESTRO PUNTO DE VISTA.—En nuestro concepto, la distinción entre regulación jurídica y convencionalismos sociales debe hacerse atendiendo al carácter *bilateral* de la primera y a la índole *unilateral* de los segundos. A diferencia de las normas del derecho, que poseen siempre estructura imperativo-atributiva, los convencionalismos son, en todo caso, unilaterales. Ello significa que obligan, mas no facultan. Es deber de cortesía ceder el asiento a una dama que viaja de pie en un ómnibus, pero tal deber no constituye una deuda. En el momento mismo en que se facultase legalmente a una persona para exigir la observancia de una regla convencional, el deber impuesto por ésta se convertiría en obligación jurídica.

Aun cuando derecho y convencionalismos coinciden en su exterioridad, siempre será posible distinguirlos en función de las otras dos notas. La regulación jurídica es bilateral y exige una conducta puramente exterior; los convencionalismos prescriben también una conducta externa, pero tienen estructura unilateral.

Los criterios que hemos aplicado a las normas jurídicas y los convencionalismos sirven para diferenciar a estos últimos de las normas éticas. Tales normas son unilaterales, lo mismo que los convencionalismos; pero a diferencia de ellos exigen en todo caso la rectitud de la intención. A la interioridad de las primeras se opone, pues, la exterioridad de los segundos. Unas y otros poseen, sin embargo, estructura unilateral.

Resumiendo los desenvolvimientos que anteceden podemos declarar que los convencionalismos coinciden con las normas jurídicas en su índole externa, pero difieren de ellas en su unilateralidad. En cambio, coinciden con las morales en su unilateralidad, pero se distinguen de ellas en su exterioridad. *Exterioridad* y *bilateralidad* son los atributos del *derecho*; *unilateralidad* e *interioridad*, los de la *moral*; *exterioridad* y *unilateralidad*, los de los *convencionalismos*.

La antítesis *interioridad-exterioridad* es mucho más acentuada tratándose de las relaciones entre moral y convencionalismos, que de las que existen entre aquélla y los preceptos del derecho. Al hablar de estos últimos vimos cómo, si bien es verdad que exigen una conducta fundamentalmente externa, también es cierto que en muchos casos atribuyen consecuencias jurídicas a los aspectos íntimos del comportamiento individual. Los convencionalismos sociales, en cambio, quedan plenamente cumplidos cuando el sujeto realiza u omite los actos respectivamente ordenados o prohibidos, sean cuales fueren los móviles de su actitud. Algu-

nos autores —Radbruch entre ellos—[17] piensan que las reglas del trato social reclaman también un propósito bueno, del mismo modo que los principios éticos. Esta tesis deriva de una confusión de puntos de vista: el meramente convencional, externo por esencia, y el moral, esencialmente subjetivo. Si el saludo amable o el apretón de manos no corresponden a la verdadera opinión del que quiere demostrar afecto, se podrá hablar de hipocresía, mas no decir que el sujeto es descortés. La simple adecuación externa de la conducta a la norma satisface las exigencias del uso, lo que no impide que la moral tome en cuenta la interioridad o intencionalidad del mismo proceder, para enjuiciarla desde su propio punto de vista.

Para concluir el presente capítulo queremos sólo añadir algunas consideraciones sobre otra de las diferencias entre normas jurídicas y reglas del trato. La sanción de estas últimas es generalmente *indeterminada*, no únicamente en lo que a su intensidad respecta, sino en lo que a su naturaleza concierne. Las sanciones del derecho, en cambio, hállanse *determinadas* casi siempre, en cuanto a su forma y cantidad. Inclusive en los casos en que se deja al juez cierta libertad para imponerlas, como sucede en la institución del *arbitrio judicial*, de antemano puede saberse cuál será la índole de la pena, y entre qué límites quedará comprendida.[18] La misma idea podría expresarse diciendo que las sanciones jurídicas poseen carácter *objetivo*, ya que son previsibles y deben aplicarse por órganos especiales, de acuerdo con un procedimiento fijado previamente. Las sociales, por lo contrario, no pueden preverse en todo caso, y su intensidad, como su forma de aplicación, dependen de circunstancias esencialmente *subjetivas*. La violación del mismo convencionalismo suele provocar, cada vez, reacciones diferentes; la de la misma norma jurídica debe sancionar-

---

[17] "Hoy es el decoro social un producto mezclado, y en sí mismo contradictorio, de valoración moral y jurídica. Con igual derecho cabe atribuirle lo mismo la exterioridad del derecho en todos sus sentidos, que la interioridad de la moral. Por un lado participa de la exterioridad del derecho: se interesa sólo por la conducta externa: obliga siempre en interés de alguien situado externamente, de alguien facultado para exigir; hace llegar desde fuera sus mandatos a los destinatarios; y se satisface cuando estos mandatos quedan cumplidos, cualesquiera que hayan sido las motivaciones. Mas, por otro lado, también pretende para sí la interioridad de la moral: su interés no está en el simple apretón de manos, sino en la participación que éste significa: no sólo se exige de los demás, sino que uno mismo se obliga a guardar la conducta correcta; nuestros deberes de sociedad están ordenados por nuestra conciencia y no por nuestro cuaderno de visitas y felicitaciones; y únicamente es 'gentleman' quien respeta de corazón el decoro social, pues quien sólo lo realiza externamente es un 'parvenu'. Estas concepciones, mutuamente excluyentes, están inseparablemente unidas en el decoro social y, a decir verdad, por medio de la ficción de la mentira convencional." *Filosofía del Derecho*, trad. de MEDINA ECHAVARRÍA, pág. 67.

[18] **Código Penal del Distrito Federal, artículo 51: "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente." Ver también los artículos 52 a 56 del propio Código.**

se, (si las circunstancias no varían) en igual forma. No podemos negar, sin embargo, cierto grado de objetividad a los usos, ya que los límites de sus sanciones hállanse establecidos —de modo indirecto— por el derecho. Cuando éstas rebasan la linde de lo jurídicamente permitido, la autoridad interviene, a fin de evitar la comisión de un hecho antisocial o castigar la violación ya consumada. Tal cosa ocurre, verbigracia, en relación con el duelo. Esta costumbre, sancionadora de ciertos convencionalismos, es, desde el punto de vista jurídico, un delito. El que se niega a aceptar un desafío cumple con la ley, pero se expone al desprecio social; quien lo acepta, satisface las exigencias sociales y, al propio tiempo, se transforma en delincuente. En tal caso, como en cualquiera otro del mismo género, los límites de aplicación los fija el derecho. Es verdad que las limitaciones a que aludimos no son convencionales; pero también es cierto que, generalmente, son admitidas por la sociedad. Ello explica la decadencia o debilitamiento progresivo de ciertas costumbres, como la anteriormente mencionada.

CAPITULO IV

PRINCIPALES ACEPCIONES DE LA PALABRA DERECHO

SUMARIO

21. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO.—El derecho, en su sentido objetivo, es un conjunto de normas, Trátase de preceptos imperativo-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades. Al hablar de las relaciones entre derecho y moral explicamos ya estos términos. Frente al obligado por una norma jurídica descubrimos siempre a otra persona facultada para exigirle el cumplimiento de lo prescrito. La autorización concedida al pretensor por el precepto es el derecho en sentido subjetivo. El vocablo se usa en la acepción que acabamos de indicar, cuando se dice, por ejemplo, que todo propietario tiene *derecho* a deslindar su propiedad y a hacer o exigir que se haga el amojonamiento de la misma.[1] En las frases: Pedro es estudiante de *derecho*, el *derecho* romano es formalista, las ramas del *derecho* público, la palabra se emplea en sentido objetivo.

El tecnicismo puede usarse para designar tanto un precepto aislado como un conjunto de normas, o incluso todo un sistema jurídico. Decimos, verbigracia: derecho sucesorio, derecho alemán, derecho italiano.

Entre las dos acepciones fundamentales del sustantivo *derecho* existe una correlación perfecta. El derecho subjetivo es una función del objetivo. *Éste es la norma que permite o prohíbe; aquél, el permiso derivado de la norma.* El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer (o de omitir) *lícitamente* algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud.

El derecho subjetivo se apoya en el objetivo, pero sería erróneo

[1] Código Civil del Distrito Federal. artículo 841.

creer que el primero es sólo un aspecto o faceta del segundo, como Kelsen lo afirma. Valiéndose de una ingeniosa imagen, Georges Gurvitch ha comparado la relación que media entre ambos a la existente entre las superficies convexa y cóncava de un cono hueco; la última encuéntrase determinada por la otra, que le imprime su forma peculiar, mas no se confunde con ella.[2]

Se ha discutido largamente si el derecho objetivo precede al subjetivo, o viceversa. Dejándose llevar por consideraciones de orden psicológico, algunos autores declaran que el subjetivo es lógicamente anterior, ya que el hombre adquiere, en primer término, la noción del derecho como facultad y sólo posteriormente, con ayuda de la reflexión, se eleva a la del derecho como norma. Otros sostienen que el subjetivo es una creación del objetivo y que, consecuentemente, la prioridad corresponde a éste. Los primeros confunden la prioridad psicológica con la de orden lógico; los segundos interpretan una simple correlación como sucesión de carácter temporal.

Creemos que la polémica gira alrededor de un problema mal planteado, pues a las ideas de que tratamos no cabe aplicarles las categorías de la temporalidad. Los dos conceptos se implican recíprocamente; no hay derecho objetivo que no conceda facultades, ni derechos subjetivos que no dependan de una norma.

22. DERECHO VIGENTE Y DERECHO POSITIVO.—*Llamamos orden jurídico vigente al conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias.* El derecho vigente está integrado tanto por las reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce, como por los preceptos que formula. La vigencia deriva siempre de una serie de supuestos. Tales supuestos cambian con las diversas legislaciones. En lo que toca al derecho legislado, su vigencia encuéntrase condicionada por la reunión de ciertos requisitos que la ley enumera. De acuerdo con nuestra Constitución, por ejemplo, son preceptos jurídicos y, por ende, repútanse obligatorios, los aprobados por ambas Cámaras, sancionados por el Ejecutivo y publicados en el *Diario Oficial*, desde la fecha que en el acto de la publicación o en otra norma se indique.[3] En lo que concierne al derecho consuetudinario el problema no es tan sencillo. Según la teoría romano-canónica,[4] para que surja la costumbre es indispensable

[2] *L'idée du droit social*, París, 1932, pág. 49.
[3] Ver sección 26.
[4] Ver sección 29.

que a una práctica social más o menos constante, se halle unida la convicción de que dicha práctica es obligatoria *(inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis)*. Pero la presencia de estos elementos no implica lógicamente el reconocimiento del derecho consuetudinario por la autoridad política. La *inveterata consuetudo* puede darse en una práctica colectiva, enlazada a la *opinio necessitatis*, sin que el hábito en cuestión sea sancionado por la autoridad como fuente de obligaciones y facultades. En tal hipótesis, las reglas consuetudinarias carecen de vigencia, a pesar de que en ellas concurren los dos elementos de que habla la doctrina. Por ello estimamos que la costumbre sólo se convierte en derecho vigente cuando es reconocida por el Estado. La aceptación puede ser *expresa* o *tácita*; la primera aparece en los textos legales, como ocurre con algunos preceptos de nuestro derecho;[5] prodúcese la segunda cuando los tribunales aplican la regla consuetudinaria a la solución de las controversias de que conocen.

En la sección 29 discutiremos si para la constitución de la costumbre son suficientes los dos elementos a que arriba aludimos o, como algunos autores lo afirman, requiérese además el reconocimiento de la autoridad estatal.

El orden vigente no sólo está integrado por las normas legales y las reglas consuetudinarias que el poder público reconoce y aplica. A él pertenecen asimismo los preceptos de carácter genérico que integran la jurisprudencia obligatoria y las normas individualizadas (resoluciones judiciales y administrativas, contratos, testamentos, etc.).[6] La validez de todas estas normas —sean generales o individuales— depende siempre de un conjunto de requisitos extrínsecos, establecidos por otras del mismo sistema.

Las locuciones *derecho vigente* y *derecho positivo* suelen ser empleadas como sinónimos.

Tal equiparación nos parece indebida. No todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente. La vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. La positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente. La costumbre no aceptada por la autoridad política es derecho positivo, pero carece de validez formal. Y a la inversa: las disposiciones que el legislador crea tienen vigencia en todo caso, mas no siempre son acatadas. La circunstancia de que una ley no sea obedecida, no

[5] Ver sección 32.
[6] Ver sección 33.

quita a ésta su vigencia. Desde el punto de vista formal, el precepto que no se cumple sigue en vigor mientras otra ley no lo derogue. Tal principio ha sido consagrado por la ley mexicana, lo que viene a confirmar la conveniencia de distinguir con pulcritud los dos términos a que esta sección se refiere.

El artículo 10 del Código Civil del Distrito Federal establece que "contra la observancia de la Ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario". La lectura del precepto revela la posibilidad de que una disposición legal conserve su vigencia aun cuando no sea cumplida ni aplicada, y obligue a todos los sujetos a quienes se dirige, incluso en la hipótesis de que exista una práctica opuesta a lo que ordena. La legislación mexicana rechaza, pues, de modo expreso, la llamada costumbre derogatoria.[7] La regla del artículo 10 es corolario del principio consagrado en el artículo anterior del propio Código. "La ley –dice el artículo 9– sólo queda abrogada[8] o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior." Para que una ley pierda su vigencia (total o parcialmente) es indispensable que otra ulterior la abrogue o derogue, ya de manera expresa, ya en forma presunta.

La posibilidad de que exista un derecho dotado de vigencia, pero desprovisto de eficacia, sólo es admisible en los casos a que acabamos de aludir, o sea, cuando se trata de preceptos jurídicos aislados. Sin dificultad puede aceptarse que una norma elaborada de acuerdo con todos los requisitos que estructuran el proceso legislativo, carezca por completo de positividad. Todo el mundo conoce ejemplos de preceptos formalmente válidos que nunca fueron cumplidos por los particulares ni aplicados por el poder público.

Esta separación entre positividad y validez formal no puede admitirse en relación con todo un sistema jurídico. Un ordenamiento que en ningún caso fuese obedecido ni aplicado no estaría en realidad dotado de vigencia. Pues ésta supone, por definición, la existencia del poder

---

[7] Ver sección 30.

[8] "El acto por el cual se priva a la ley de su fuerza, se llama usualmente *derogación*. En realidad, existen dos palabras que pueden expresar la idea, aun cuando su significado no es idéntico; son los términos *abrogación* y *derogación*; abrogar significa quitar su fuerza a la ley en todas sus partes; derogar quiere decir abolir la ley sólo en algunos de sus preceptos. Pero el uso admitido permite que se hable también de derogación cuando se trata de la supresión total de la ley; y aun de la legislación relativa a una rama del derecho; las leyes mexicanas, en especial, consagran esta manera de hablar: el artículo 2 transitorio del Código de 84, que sustituyó en todas sus partes al de 70 y a la legislación civil anterior, emplea el verbo derogar cuando decreta la revocación de éstos." TRINIDAD GARCÍA, *Introducción al Estudio del Derecho*, pág. 93.

político. Derecho vigente es el políticamente reconocido, es decir, el que el Estado crea o aplica por medio de sus órganos. No es posible admitir —en lo que toca a todo un sistema jurídico— el divorcio entre positividad y validez formal. La vigencia de cada ordenamiento tiene una serie de supuestos sociológicos. Y el primero y fundamental es la existencia del Estado.

23. DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL.—Problema muy debatido por los juristas es el concerniente al llamado *derecho natural.* Suele darse esta denominación a un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del positivo. De acuerdo con los defensores del *positivismo jurídico* sólo existe el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y una cierta época. Los partidarios de la otra doctrina aceptan la existencia de dos sistemas normativos diversos, que, por su misma diversidad, pueden entrar en conflicto. La diferencia se hace consistir en el distinto fundamento de su validez. El natural vale por sí mismo, en cuanto intrínsecamente justo; el positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido.[9] La validez del segundo encuéntrase condicionada por la concurrencia de ciertos requisitos, determinantes de su vigencia. Todo precepto vigente es formalmente válido. Las expresiones *vigencia* y *validez formal* poseen en nuestra terminología igual significado. Estos atributos pueden aplicarse, según dijimos antes, tanto a las disposiciones establecidas legislativamente como a las reglas nacidas de la costumbre. Frente a tales preceptos, los del derecho natural son normas cuyo valor no depende de elementos extrínsecos. Por ello se dice que el natural es el único auténtico, y que el vigente sólo podrá justificarse en la medida en que realice los dictados de aquél. Sobre los preceptos en vigor —legislados o consuetudinarios— elévase el otro orden como un modelo o paradigma. Ese orden —escribe Cesarini Sforza— es el supremo *principio regulativo* de tales preceptos.[10]

La enorme variedad de concepciones del derecho natural que registra la historia explícase en función del gran número de sentidos en que los teóricos emplean la voz *naturaleza.* El único punto en que coinciden

[9] "Para los formalistas sólo hay un derecho, el positivo, es decir, la voluntad del legislador, porque la sanción les parece esencial. Fuera del orden emanado del legislador no hay derecho posible; el derecho se confunde con la ley." L. LE FUR, *Les grands problèmes du droit.* París, 1937, pág. 160.

[10] WIDAR CESARINI SFORZA, *Storia della filosofia del diritto,* Pisa 1939, edit. VALLERINI, pág. 7.

los partidarios de la tesis es la afirmación del dualismo normativo. Pero sus opiniones se separan cuando se intenta definir aquella palabra. El fundamento del derecho es la naturaleza; mas, ¿cómo hay que entender ese vocablo?... ¿Se trata de la naturaleza en un sentido físico?... ¿De la naturaleza racional del hombre?... O bien, ¿la validez del orden natural depende de la índole peculiar de su contenido?...

Los interrogantes anteriores nunca han sido contestados del mismo modo. En la tesis del sofista Calicles,[11] que representa, seguramente, la forma primitiva de la doctrina, la noción de naturaleza es tomada *en un sentido biológico.* Comparado con el natural, plenamente valioso por su misma naturalidad o espontaneidad, el positivo aparece como un producto convencional y contingente. Cada uno de los dos órdenes refleja, según el sofista helénico, un diferente criterio de justicia. En el de la ley lo justo estriba en la igualdad. La justicia natural, por lo contrario, consiste en el predominio de los fuertes sobre los débiles. Ésta última es la genuina, porque sólo ella concuerda con las desigualdades y privilegios que la naturaleza ha creado. *¡El fundamento del derecho radica en el poder!*

En la enseñanza socrática la idea del derecho natural adquiere un cariz nuevo. Sócrates refiere las exigencias de tal derecho a la voluntad divina, y distingue las leyes escritas, o derecho humano, de las no escritas e inmutables, establecidas por la divinidad.[12] Esta tesis, a la que podemos dar el nombre de concepción teológica del derecho natural, fue también defendida por un contemporáneo del moralista ateniense, el gran trágico Sófocles. La respuesta de Antígona al tirano Kreón, cuando éste le pregunta si es cierto que ha dado sepultura al cadáver de Polínice, encierra la afirmación de un orden superior a los caprichos y convenciones de los legisladores terrenos:

Kreón:

"Tú, que inclinas al suelo la cabeza, ¿confiesas o niegas haber sepultado a Polínice?

Antígona:

"Lo confieso, no niego haberle dado sepultura.

Kreón:

"¿Conocías el edicto que prohibía hacer eso?

---

[11] Conocemos esta tesis por uno de los coloquios platónicos, intitulado *Gorgias, o de la Retórica.*

[12] JENOFONTE, *Memorias sobre Sócrates*, cap. IV, pág. 144 de la traducción castellana de JOSÉ DELEITO Y PIÑUELA.

Antígona:

"Lo conocía... Lo conocen todos.

Kreón:

"¿Y has osado violar las leyes?...

Antígona:

"Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni la Justicia que tiene su trono en medio de los dioses inmortales. Yo no creía que tus edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los dioses, puesto que tú eres tan sólo un simple mortal. Inmutables son, no de hoy ni de ayer; y eternamente poderosas; y nadie sabe cuándo nacieron. No quiero, por miedo a las órdenes de un solo hombre, merecer el castigo divino. Ya sabía que un día debo morir —¿cómo ignorarlo?— aun sin tu voluntad; y si muero prematuramente, ¡oh! será para mí una gran fortuna. Para los que, como yo, viven entre miserias innumerables, la muerte es un bien..." [13]

El concepto de naturaleza es entendido otras veces en una acepción sociológica, es decir, como *naturaleza social* o *sociabilidad natural* del ser humano. Bajo el título de *concepción sociológica del derecho natural* podemos agrupar todas las teorías que buscan el fundamento y origen de éste en los atributos que el hombre posee como "animal político".

En el derecho natural *clásico*, es decir, en las doctrinas de los siglos XVII y XVIII, se recoge y desenvuelve en múltiples sentidos la vieja idea —defendida en la época de Sócrates por los sofistas griegos— de que el verdadero derecho tiene su fundamento en la naturaleza, por lo cual representa, frente a los ordenamientos positivos, un conjunto de principios eternos e inmutables.[14] Sólo que en las citadas teorías la noción de naturaleza es concretamente referida al ser humano. Se parte de la convicción de la unidad esencial de la especie y se pretende descubrir los rasgos constantes de aquél, para desprender de tal estudio los principios universalmente válidos del derecho natural.[15]

---

[13] El lector encontrará una amplia exposición de las doctrinas de CALICLES y de SÓCRATES en mi estudio titulado *El derecho natural en la época de Sócrates*. Ed. Jus, México, 1939. Véase también mi obra *La definición del Derecho. Ensayo de Perspectivismo Jurídico*, Editorial Stylo, México, 1948.

[14] "En su acepción tradicional —dice LARENZ— la expresión derecho natural ha significado siempre un derecho inmutable, al menos en sus líneas fundamentales, válido por igual para todos los pueblos, en cuanto está fundado en la esencia del hombre." KARL LARENZ. *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*. Traducción castellana de E. GALÁN GUTIÉRREZ y A. TRUYOL SERRA. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1942, pág. 212.

[15] Los representantes principales de la Escuela Clásica del Derecho Natural fueron:

Otra de las variantes de la teoría de los dos órdenes es la *racionalista.* De acuerdo con esta tesis, la *naturaleza* en que el derecho se funda es la razón. La doctrina ofrece diversas facetas, condicionadas por la forma en que las diferentes escuelas entienden aquel concepto. Es posible, por ejemplo, proyectar sobre el mundo la idea de racionalidad y considerar que todos los fenómenos se hallan regidos por una inteligencia superior. El preludio de esta concepción se encuentra en la teoría heraclitana del *lógos.*[16]

Oponiéndose a las doctrinas que refieren el concepto de naturaleza a ciertos aspectos esenciales de la realidad humana, la concepción *objetivista* busca el fundamento del derecho en determinados valores objetivos, u objetos ideales cuya existencia no depende de los juicios estimativos de los hombres. Para esta postura intelectual la validez del orden positivo no puede derivar de *requisitos formales,* sino que ha de buscarse en la índole de su *contenido.* El natural resulta entonces un orden *intrínsecamente valioso,* en tanto que el vigente sólo vale por su forma.

Otra causa de la profunda diversidad que reina entre las escuelas es la anarquía terminológica. Las enormes discrepancias de terminología no son sino el resultado de lo que anteriormente apuntamos, ya que tienen su origen en el anhelo de superar la vaguedad del término *naturaleza.*

En la época de los sofistas y de Sócrates los giros usuales eran *derecho escrito* y *no escrito,*[17] como equivalentes a positivo y natural. Tal equiparación presenta graves inconvenientes, pues ni todo derecho escrito es positivo, ni todo derecho positivo es escrito. Además, el no escrito puede tener positividad. Ya hemos demostrado cómo una disposición formalmente válida (es decir, vigente), conserva su obligatoriedad aun cuando no sea obedecida. Por otra parte, el derecho consuetudinario es, *a fortiori,* positivo, mas no en todo caso sería correcto llamarlo escrito.

Ciertos juristas han querido reemplazar la expresión derecho natural por el término *derecho justo.*[18] Quienes la emplean deberían, para proceder con congruencia, oponer este concepto al de *derecho vigente,* no al de *derecho positivo.* La oposición daríase entonces entre derecho intrínsecamente válido y formalmente válido. Es más: si por positividad se entiende la observancia de una norma o un conjunto de normas, in-

---

Hugo Grocio (1583-1645); Tomás Hobbes (1588-1679); Samuel Pufendorf (1631-1694) y Christian Thomasius (1655-1728).

16 Heráclito, *Doctrinas Filosóficas,* recopilación de Solovine. Trad. de Pablo Palacio, Ercilla, Santiago de Chile, 1935, fragmentos 1, 2 y 42.

17 Por ejemplo, en la *Antígona* y en las *Memorias sobre Sócrates.*

18 Podemos citar entre ellos a Rodolfo Stammler.

cuestionablemente tendrá que admitirse la posibilidad de que el derecho justo se convierta en positivo, como hay que aceptar, también, la de que el positivo sea justo. En un solo precepto pueden coexistir o, por el contrario, presentarse aislados, los atributos de vigencia, validez intrínseca y facticidad.

Algunos autores creen zanjar las dificultades que hemos venido subrayando, al oponer a la noción de orden positivo el concepto de *derecho racional.*[19] Este giro es incorrecto, entre otras consideraciones, porque el derecho positivo es racional también. No escapa tampoco a los dardos de la crítica la locución *derecho objetivo,* como sucedáneo de las palabras *derecho natural,* ya que provoca inevitablemente confusiones, a causa del otro empleo que se le asigna, al distinguir el *derecho* como *norma* del *derecho* como *facultad.*[20]

Las explicaciones precedentes conducen a la conclusión de que los términos menos equívocos son los de *derecho intrínsecamente válido* (para el tradicionalmente llamado justo o natural); *derecho formalmente válido* (para el creado o reconocido por la autoridad soberana) y *positivo* para el *intrínseca, formal o socialmente válido,* cuando gozan de mayor o menor eficacia. Como arriba dijimos, la validez —formal o intrínseca— y la facticidad, son atributos que pueden hallarse unidos o darse separadamente en las reglas del derecho. *Casi estimamos superfluo declarar que lo que de acuerdo con una posición positivista es derecho, puede no serlo desde el punto de vista del derecho natural, y viceversa.* Colígese de aquí que la denominación común no corresponde siempre al mismo objeto. Quien pretenda entender a los demás y desee ser entendido, tendrá que empezar por definir su actitud y exigir de los otros una definición análoga.

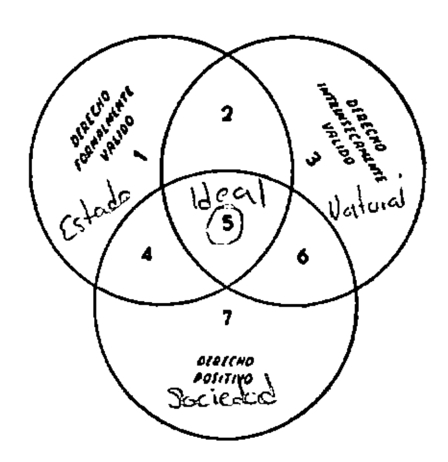
Si combinamos los tres conceptos a que hemos venido aludiendo, descubriremos siete posibilidades diferentes:

1. Derecho formalmente válido, sin positividad ni valor intrínseco.
2. Derecho intrínsecamente valioso, dotado además de vigencia o validez formal, pero carente de positividad.
3. Derecho intrínsecamente válido, no reconocido por la autoridad política y desprovisto de eficacia.
4. Derecho formalmente válido, sin valor intrínseco, pero provisto de facticidad.
5. Derecho positivo, formal e intrínsecamente válido.
6. Derecho intrínsecamente válido, positivo, pero sin validez formal.

---

[19] LOUIS LE FUR, *Les grands problèmes du droit,* París, 1937, págs. 136 y sigs.
[20] Ver sección número 21.

7. Derecho positivo (consuetudinario), sin vigencia formal ni validez intrínseca.



El primer sector corresponde al concepto de un derecho formalmente válido, pero desprovisto de positividad y validez intrínseca. Esta hipótesis sólo es admisible en relación con preceptos jurídicos aislados. Un precepto legal, expedido de acuerdo con todos los requisitos formales que la Constitución establece, es derecho vigente, aun cuando sea injusto y no sea cumplido ni aplicado. El punto de vista a que aludimos deriva de lo que podría llamarse criterio oficial o estatal acerca de lo jurídico. El Estado reconoce exclusivamente como derecho: los preceptos elaborados de acuerdo con los requisitos del proceso legislativo; las normas de la jurisprudencia obligatoria; las costumbres expresa o tácitamente admitidas por los órganos encargados de la formulación o aplicación de la ley; los tratados internacionales en vigor y, en general, todas las normas jurídicas individualizadas. Además, por lo que toca a los preceptos legales, declara que sólo pueden quedar abrogados o derogados por otros posteriores que así lo indiquen o contengan disposiciones total o parcialmente incompatibles con los primeros.

El sector señalado con el número 2 corresponde a preceptos que poseyendo validez formal e intrínseca, carecen empero de eficacia. Es el caso de normas legales justas, que no son cumplidas por los particulares ni aplicadas por el poder público. Para ellas vale, según el criterio oficial, la misma regla de que hicimos mención anteriormente, o sea, la de que su obligatoriedad no queda destruida por el hecho de su inob-

servancia. Lo propio cabe decir de su valor intrínseco. Éste subsiste incólume, aun cuando aquéllas no se cumplan.

El tercer caso es el de normas o principios jurídicos ideales que el legislador no ha sancionado, y que tampoco tienen positividad. Tales principios sólo pueden ser considerados como derecho si los miramos desde el ángulo visual de la teoría de los dos órdenes. Para el Estado no tienen tal carácter, precisamente por no hallarse reconocidos. Según la teoría romano-canónica tampoco son derecho, pues no gozan de vigencia social. Siendo principios objetivamente válidos, no sancionados por el poder público ni provistos de eficacia, resulta imposible clasificarlos como imperativos o mandatos. A la luz de la filosofía valorativa aparecen, sin embargo, como expresión de un *deber ser ideal,* y pueden servir como criterios axiológicos para el enjuiciamiento de la ley o la costumbre. En cuanto expresión de un deber ser objetivo, fundado en el valor de la justicia, su existencia no depende del reconocimiento oficial, ni puede tampoco hacerse derivar de la observancia de los mismos por los miembros de una sociedad determinada. Valen en sí y por sí, pese a su desconocimiento o inobservancia. Aun cuando no sean cumplidos, conservan la dignidad de todo paradigma, y sirven como pautas para la valoración del derecho positivo. Por otra parte, no es imposible que ejerzan influencia —a través de la conciencia estimativa— en la conducta de quienes son capaces de captarlos. Y al determinar la actitud de éstos, incluso en contra de la ley o de la convicción jurídica del mayor número, dejan de ser señuelos infecundos, para convertirse en fuerzas modeladoras de lo real. Tanto el legislador como los jueces encargados de resolver los casos jurídicos que la vida presenta, pueden y deben volver los ojos hacia tales principios, ya sea para la reforma de la legislación en vigor, ya para colmar los vacíos que la ley, como toda obra humana, inevitablemente contiene. En esta última hipótesis, adquieren, a un tiempo, eficacia y validez formal. Ello equivale a decir que son fuentes reales, en las que pueden y deben beber tanto el legislador como los jurisconsultos y los jueces.

El cuarto caso es el de preceptos dotados de validez formal y de positividad, pero carentes de valor intrínseco. Se presenta, por ejemplo, cuando una ley o una costumbre (oficialmente reconocida), son injustas. Aun cuando tal cosa ocurra, la ley o la costumbre subsisten como tales, al menos desde el punto de vista del Estado. Del mismo modo, la regla consuetudinaria que reúne los requisitos que señala la teoría romano-canónica es, de acuerdo con ésta, derecho auténtico, sea cual fuere el valor de su contenido.

El sector número 5 representa el caso ideal: el de un derecho dotado

de vigencia, intrínsecamente justo y, además, positivo. La realización de tal desiderátum no es sólo perseguida por los partidarios del derecho natural, sino que constituye —normalmente, al menos— una aspiración del autor de la ley. Éste no puede, sin embargo, hacer depender la fuerza obligatoria de sus mandatos de la concordancia de los mismos con las exigencias de la justicia, ni menos aún facultar a los particulares para que condicionen en tal sentido su obediencia. Por ello reclama un sometimiento incondicional, y formula los preceptos legales de manera imperativa.

Sea cual fuere el valor inmanente de la obra del legislador, ésta tiene siempre el sentido de servir a la justicia, y la pretensión de haber cumplido semejante anhelo suele ser considerada por aquél como supuesto imprescindible de la tarea que desempeña.[21]

El sexto caso corresponde a reglas consuetudinarias no reconocidas por el Estado, cuyo contenido es intrínsecamente valioso. Esta posibilidad existe tanto desde el punto de vista de la doctrina del derecho natural como desde el que adopta la teoría romano-canónica.

La última hipótesis sólo es admisible a la luz de esta teoría. Puede ocurrir, en efecto, que a una práctica social injusta, no reconocida por el poder público, se halle vinculada la *opinio juris seu necessitatis.* En tal supuesto, la teoría romano-canónica tiene que admitir, de acuerdo con las premisas en que se funda, que esa práctica es *derecho,* aun cuando no tenga el reconocimiento oficial ni sea objetivamente justa. En este caso habrá una discrepancia entre la convicción subjetiva de la obligatoriedad de la costumbre y el contenido de la práctica consuetudinaria. De acuerdo con la filosofía de los valores, tal incongruencia debe explicarse en función de lo que Hartmann llama "estrechez de la conciencia estimativa". La costumbre injusta carece de valor intrínseco, aun cuando los que la practican abriguen la convicción de que realiza la justicia.

Así como se habla de vigencia formal, para designar el atributo del reconocimiento de una norma o conjunto de normas por el poder público, cabría hablar, paralelamente, de una vigencia *puramente social.* Esta expresión se aplicaría a aquellos preceptos que la sociedad considera jurídicamente obligatorios, encuéntrense o no oficialmente reconocidos.

---

[21] "No hay forma alguna de Estado o de gobierno en la cual un mandato signifique. en sí ya, un valor jurídico positivo', y la frase 'lo mejor en el mundo es un mandato' (Schmitt) podrá entusiasmar a los estetas del poder fatigados de la cultura, pero es absolutamente falsa para cualquier especie de poder político. Pues el poder, como es sabido, consiste sólo en mandatos que se obedecen, y la obediencia, siempre y en todas las formas de dominación, depende esencialmente de la creencia en que el mandato está justificado." HERMANN HELLER, *Teoría del Estado,* versión española de LUIS TOBIO, Fondo de Cultura Económica. México, 1942, pág. 248.

Las reglas consuetudinarias que el Estado no admite, carecen, desde el punto de vista oficial, de significación jurídica; pero la teoría romano-canónica ha de considerarlas como verdadero derecho, supuesto, claro está, que en ellas concurran la *inveterata consuetudo* y la *opinio juris seu necessitatis.* Examinadas desde el mirador en que se coloca el poder público, no son normas, sino hechos desprovistos de obligatoriedad; y el carácter normativo que aquella teoría les concede no tiene más explicación que la ofrecida por el publicista Jellinek, a saber, la de que la repetición de determinadas formas de comportamiento acaba por engendrar, en la conciencia de quienes las practican, la idea de que son obligatorias. Trátase del fenómeno que el citado autor llama *fuerza normativa de los hechos*, y que, en su sentir, aclara la transformación paulatina de lo *normal* en lo *normativo.* A un kantiano le resulta imposible aceptar que la mera repetición de ciertos actos dé nacimiento a un deber ser; pero es incuestionable que en el orden psicológico el fenómeno ha sido bien observado, y que el sentimiento jurídico de la colectividad o de ciertos sectores de la misma atribuye a veces la dignidad de lo obligatorio a determinados usos sociales. La costumbre contraria a la ley no podría explicarse de otro modo; e independientemente del juicio que acerca de ella se tenga, está fuera de duda que es un hecho real de la experiencia jurídica.

24. ¿ES EL DERECHO NATURAL UN CODIGO DE PRECEPTOS ABSTRACTOS E INMUTABLES?—Antes de concluir este capítulo queremos referirnos a un problema que ha provocado interminables polémicas y grandes discrepancias entre los defensores de la teoría de los dos órdenes. La dificultad no atañe al fundamento de validez, sino a la estructura misma del llamado derecho natural. ¿Qué es, en efecto, lo que quiere expresarse, cuando se dice que es intrínsecamente valioso? ¿Preténdese, acaso, que está integrado por normas eternas e inmutables, análogas a las ideas platónicas? O, por el contrario, ¿puede el contenido de tal derecho cambiar paralelamente a la multiformidad enorme de la realidad social? En conexión con las cuestiones planteadas cabe señalar dos posiciones diametralmente opuestas y una doctrina intermedia.

La primera tesis, ya definitivamente superada, estriba en concebir el orden natural como un sistema acabado de principios inmodificables y perennes, paradigma o modelo de todo derecho positivo, real o posible.

La doctrina contraria —única verdadera, en nuestra opinión— ve en el derecho natural la regulación justa de cualquier situación concreta, presente o venidera, y admite, por ende, la variedad de contenidos del mismo derecho, en relación con las condiciones y exigencias, siempre nuevas, de cada situación especial; sin que lo dicho implique la negación

de una serie de principios supremos, universales y eternos, que valen por sí mismos y deben servir de inspiración o pauta para la solución de los casos singulares y la formulación de las normas a éstos aplicables.

De acuerdo con el primer punto de vista, el derecho natural es una congerie de principios abstractos; de acuerdo con la segunda tesis, no puede ser codificado o formulado, porque ello supondría el conocimiento previo de cada uno de los casos susceptibles de regulación. Expresado en otro giro: un código perfecto tendría que encerrar tantas normas como situaciones particulares, lo cual es imposible. Por otra parte, sólo podría ser obra de un legislador absolutamente sabio y providente. Lo dicho demuestra que la instauración de un orden intrínsecamente valioso no es un ideal realizable de modo plenario, sino aspiración jamás lograda por completo.

Un derecho natural codificado dejaría de ser absolutamente justo, ya que se compondría exclusivamente de preceptos generales, no siempre enteramente adecuados a las exigencias de cada situación singular. El orden de que hablamos no puede ser una totalidad cerrada de normas capaces de servir por sí mismas, sin ulterior especificación, para resolver cualquier controversia; lo que, como arriba dijimos, no implica el desconocimiento de una serie de principios generales o directrices supremas, en los cuales deberán inspirarse las normas aplicables a los casos concretos.

Aristóteles de Estagira ha explicado esto con mayor claridad que cualquier jurista. "Lo equitativo y lo justo —leemos en la *Etica Nicomáquea*— son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las cuales es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es por esto menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque ésta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio,

y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviese presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido... Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos; la cual se amolda y acomoda a la forma de la piedra que mide." [22]

La discrepancia entre el derecho ideal y el legislado se explica, en la mayoría de los casos, en función de la estrechez o limitación de la conciencia valorativa. La tesis general de la limitación del sentimiento de lo valioso, sostenida por Nicolai Hartmann en sus libros, debe ser aplicada al conocimiento de los valores jurídicos. Al lado de aquella limitación general, procede hablar, por consiguiente, de la "estrechez del sentido de la justicia". El aludido fenómeno explica las múltiples apreciaciones, muchas de ellas contradictorias, que suelen hacerse acerca de la esencia de lo justo. Y esa limitación da origen a las incompatibilidades y discrepancias que con tanta frecuencia se suscitan entre las exigencias de la legalidad y los dictados de la justicia.

Una posición intermedia ante el problema que hemos venido discutiendo está constituida por la doctrina del gran teólogo y jurista español Francisco Suárez (1548-1617). En su *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, dice que los preceptos del derecho natural divídense en dos grupos. Las normas que forman el primero, o *derecho natural preceptivo*, son necesarias e inmutables; las que integran el segundo, o *derecho natural dominativo*, tienen su fundamento en la libre decisión humana, en cuanto representan una regulación lícita al lado de otras posibles.[23]

[22] *Ética Nicomáquea.* Libro V, cap. X.

[23] "La razón de la diferencia general entre el derecho preceptivo y el dominativo es que el primero contiene reglas y principios de bien obrar, los cuales encierran verdad necesaria, y, por tanto, son inmutables; pues se fundan en la intrínseca rectitud o maldad de los objetos. Pero el derecho dominativo sólo es materia del otro derecho preceptivo, y consiste, como diríamos, en cierto hecho o en tal condición o disposición de las cosas. Mas, consta que todas las cosas creadas, principalmente las incorruptibles, tienen en la naturaleza muchas condiciones que son mudables y pueden ser suprimidas por otras causas. Así, pues, decimos de la libertad y de cualquier derecho parecido, que aun cuando positivamente es dado por la naturaleza, puede ser mudado por los hombres..." Tomo II, pág. 195 de la traducción castellana de TORRUBIANO RIPOLL, Madrid, 1918.

CAPITULO V

LAS FUENTES FORMALES DEL ORDEN JURIDICO

SUMARIO

25. NOCION DE FUENTE DEL DERECHO.—En la terminología jurídica tiene la palabra *fuente* tres acepciones que es necesario distinguir con cuidado. Se habla, en efecto, de fuentes *formales, reales* e *históricas.*

Por *fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas.*

Llamamos *fuentes reales a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas.*

El término *fuente histórica,* por último, aplícase a los *documentos (inscripciones, papiros, libros,* etc.), *que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes.* En este postrer sentido se dice, por ejemplo, que las *Instituciones,* el *Digesto,* el *Código* y las *Novelas,* son fuentes del derecho romano.

Hemos dicho que las formales son procesos de manifestación de normas jurídicas. Ahora bien: la idea de proceso implica la de una sucesión de momentos. Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y deben realizar determinados supuestos.

De acuerdo con la opinión más generalizada, las fuentes formales del derecho son la *legislación,* la *costumbre* y la *jurisprudencia.*

La reunión de los elementos que integran los procesos legislativo, consuetudinario y jurisprudencial, condiciona la validez de las normas que los mismos procesos engendran.[1] De aquí que el examen de las fuentes formales implique el estudio de los susodichos elementos.

---

[1] Ver sección 23.

La concurrencia de éstos es indispensable para la formación de los preceptos del derecho. Se trata de requisitos de índole puramente extrínseca, lo que equivale a declarar que nada tienen que ver con el contenido de las normas, es decir, con lo que éstas, en cada caso, permiten o prescriben. Tal contenido deriva de factores enteramente diversos. Así, por ejemplo, en el caso de la legislación, encuéntrase determinado por las situaciones reales que el legislador debe regular, las necesidades económicas o culturales de las personas a quienes la ley está destinada y, sobre todo, la idea del derecho y las exigencias de la justicia, la seguridad y el bien común. Todos estos factores, y muchos otros del mismo jaez, determinan la materia de los preceptos jurídicos y, en tal sentido, asumen el carácter de *fuentes reales.* La relación entre éstas y las formales podría explicarse diciendo que las segundas representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las primeras.

"El término *fuente* —escribe Claude Du Pasquier— crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho."[2]

26. LA LEGISLACION.—En los *países de derecho escrito,* la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales. Podríamos definirla como el *proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes.* Al referirse al problema que analizamos, los autores mencionan, en primer término, la *ley;* pero al hacerlo olvidan que no es fuente del derecho, sino *producto* de la legislación. Valiéndonos de la metáfora a que alude Du Pasquier, diremos que así como la fuente de un río no es el agua que brota del manantial, sino el manantial mismo, la ley no representa el origen, sino el resultado de la actividad legislativa.

Históricamente, las costumbres fueron anteriores a la obra del legislador. En los estadios primitivos de la evolución social existía una *costumbre indiferenciada,* mezcla de prescripciones éticas, religiosas, convencionales y jurídicas. Al independizarse el derecho de la religión y la moral, conservó su naturaleza consuetudinaria, y no fue sino en época relativamente reciente cuando el proceso legislativo se inició y aparecieron los primeros códigos.

"La historia —escribe Du Pasquier— revela un constante impulso

---

[2] *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit,* NEUCHATEL, 1937, página 34.

hacia el derecho escrito. En la Edad Media, las aspiraciones a la fijeza del derecho manifestábanse, sea en la redacción de *cartas* que establecían los derechos respectivos del señor y los súbditos, sea en la redacción de costumbres, primeramente a iniciativa privada, más tarde a título oficial. Por otra parte, el derecho romano, reunido en las recopilaciones de Justiniano (*Digesto, Institutas,* etc.), ocupa el sitio de honor entre los juristas: denominábasele el derecho escrito; las regiones meridionales de Francia, en donde su influencia era preponderante, eran llamadas *pays de droit écrit,* en oposición al *pays de coutumes* (norte de Francia). En Alemania, este vasto fenómeno, ocurrido principalmente en los siglos XIV y XV, ha recibido en la historia el nombre de *recepción del derecho romano.*

"Bajo Luis XIV y Luis XV, las *Grandes Ordenanzas* señalaron una importante ofensiva del derecho legislado contra el consuetudinario. En el siglo XVIII, diversos Estados de la América del Norte formularon las primeras constituciones escritas. En la misma época, los códigos prusiano y bávaro abrieron la era de las codificaciones, cuya floración más rica se extendió bajo Napoleón." [3]

En la mayoría de los Estados modernos la formulación del derecho es casi exclusivamente obra del legislador; sólo en Inglaterra y los países que han seguido el sistema anglosajón predomina la costumbre.

La tendencia, siempre creciente, hacia la codificación del derecho, es una exigencia de la seguridad jurídica. A pesar de su espontaneidad, el derecho consuetudinario carece de una formulación precisa, lo que hace difícil su aplicación y estudio. Por otra parte, su ritmo es demasiado lento. El legislado, en cambio, además de su precisión y carácter sistemático, puede modificarse con mayor rapidez, y se adapta mejor a las necesidades de la vida moderna.

27. EL PROCESO LEGISLATIVO.—En el moderno proceso legislativo existen seis diversas etapas, a saber: *iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia.*

A fin de explicar en qué consisten los diferentes momentos de tal proceso, tomaremos como ejemplo las diversas etapas de la formación de las leyes federales, de acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Las reglas que lo norman hállanse contenidas en los artículos 71 y 72 de la citada ley fundamental, y 3 y 4 del Código Civil del Distrito. Los primeros refiérense a la iniciativa, la discusión, la apro-

[3] Obra citada, pág. 46.

bación, la sanción y la publicación; los últimos fijan reglas sobre iniciación de la vigencia.

Son dos los poderes que en nuestro país intervienen en la elaboración de las leyes federales: legislativo y ejecutivo.[4] La intervención de aquél relaciónase con las tres primeras etapas; la de éste, con las restantes.

a) Iniciativa.—Es el acto por el cual determinados órganos del Estado someten a la consideración del Congreso un proyecto de ley. "El derecho de iniciar leyes o decretos compete —según el artículo 71 de la Constitución Federal:

I. Al presidente de la República;
II. A los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, y
III. A las Legislaturas de los Estados.

Las iniciativas presentadas por el Presidente de la República, por las Legislaturas de los Estados o por las Diputaciones de los mismos, pasarán desde luego a comisión. Las que presentaren los diputados o los senadores, se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates" (alude al Reglamento de Debates de cada una de las Cámaras, es decir, al conjunto de normas que establecen la forma en que deben ser discutidas las iniciativas de ley).

b) Discusión.—Es el acto por el cual las Cámaras deliberan acerca de las iniciativas, a fin de determinar si deben o no ser aprobadas. "Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones." [5]

"La formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados" (fracción H del artículo 72 constitucional).

A la Cámara en donde inicialmente se discute un proyecto de ley

---

[4] "No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar"

[5] Primer párrafo del artículo 72 de la Constitución Federal.

suele llamársele *Cámara de origen;* a la otra se le da el calificativo de *revisora.*

c) Aprobación.—Es el acto por el cual las Cámaras aceptan un proyecto de ley. La aprobación puede ser total o parcial.

d) Sanción.—Se da este nombre a la aceptación de una iniciativa por el Poder Ejecutivo. La sanción debe ser posterior a la aprobación del proyecto por las Cámaras.

El Presidente de la República puede negar su sanción a un proyecto ya admitido por el Congreso (Derecho de veto). Esta facultad no es, como luego veremos, absoluta.

e) Publicación.—Es el acto por el cual la ley ya aprobada y sancionada se da a conocer a quienes deben cumplirla. La publicación se hace en el llamado *Diario Oficial de la Federación.* Además de éste, existen en México los Diarios o Gacetas Oficiales de los Estados. Publícanse en tales Diarios las leyes de carácter local.

Las reglas sobre discusión, aprobación, sanción y publicación híllanse consignadas en los siguientes incisos del artículo 72:

"*A.*—Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobase, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

"*B.*—Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo, todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término, hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

"*C.*—El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por ésta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación.

"Las votaciones de ley o decreto serán nominales.

"*D.*—Si algún proyecto de ley o decreto fuese desechado en su totalidad por la Cámara de revisión, volverá a la de su origen con las observaciones que aquélla le hubiese hecho. Si examinado de nuevo fuese aprobado por la mayoría absoluta de los miembros presentes, volverá a la Cámara que lo desechó, la cual lo tomará otra vez en consideración, y si lo aprobare por la misma mayoría, pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción *A*, pero si lo reprobase, no podrá volver a presentarse en el mismo período de sesiones.

"*E.*—Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, o modificado, o adicionado por la Cámara revisora, la nueva discusión de la Cámara de su origen versará únicamente sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, sin poder alterarse en manera alguna los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fuesen aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presentes en la Cámara de su origen, se pasará todo el proyecto al Ejecutivo, para los efectos de la fracción *A*. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren reprobadas por la mayoría de votos en la Cámara de su origen, volverán a aquélla para que tome en consideración las razones de ésta, y si por mayoría absoluta de votos presentes se desecharen en esta segunda revisión dichas adiciones o reformas, el proyecto, en lo que haya sido aprobado por ambas Cámaras, se pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción *A*. Si la Cámara revisora insistiere, por la mayoría absoluta de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones, a no ser que ambas Cámaras acuerden, por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto sólo con los artículos aprobados, y que se reserven los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes.

"*F.*—En la interpretación, reformas o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

"*G.*—Todo proyecto de ley o decreto que fuere desechado en la Cámara de su origen, no podrá volver a presentarse en las sesiones del año. . .

"*I.*—Las iniciativas de leyes o decretos se discutirán preferentemente en la Cámara en que se presenten; a menos que transcurra un mes desde que se pasen a la Comisión dictaminadora sin que ésta rinda dic-

tamen, pues, en tal caso, el mismo proyecto de ley o decreto puede presentarse y discutirse en la otra Cámara.

"*J*.—El Ejecutivo de la Unión no puede hacer observaciones a las resoluciones del Congreso o de alguna de las Cámaras, cuando ejerzan funciones de cuerpo electoral o de jurado, lo mismo que cuando la Cámara de Diputados declare que debe acusarse a uno de los altos funcionarios de la Federación por delitos oficiales. Tampoco podrá hacerlas al decreto de convocatoria a sesiones extraordinarias que expida la Comisión Permanente."

Las reglas enumeradas pueden resumirse en el cuadro de la página siguiente, cuya formación nos ha sido sugerida por una obra de los maestros argentinos Aftalión y García Olano.[6]

f) Iniciación de la vigencia.—En el derecho patrio existen dos sistemas de iniciación de la vigencia: el *sucesivo* y el *sincrónico*. Las reglas concernientes a los dos las enuncia el artículo 3º del Código Civil del Distrito Federal. Este precepto dice así: "Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el Periódico Oficial. En los lugares distintos del en que se publique el Periódico Oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que, además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad."

La lectura del precepto transcrito revela que son dos las situaciones que pueden presentarse: si se trata de fijar la fecha de iniciación de la vigencia relativamente al lugar en que el *Diario Oficial* se publica, habrá que contar tres días a partir de aquel en que la disposición aparece publicada; tratándose de un lugar distinto, deberá añadirse a dicho plazo un día más por cada cuarenta kilómetros o fracción que exceda de la mitad.

El lapso comprendido entre el momento de la publicación y aquel en que la norma entra en vigor, recibe, en la terminología jurídica, el nombre de *vacatio legis*. La *vacatio legis es el término durante el cual racionalmente se supone que los destinatarios del precepto estarán en condiciones de conocerlo y, por ende, de cumplirlo*. Concluido dicho lapso, la ley obliga a todos los comprendidos dentro del ámbito personal de apli-

[6] *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1937, 3ª ed., pág. 411.

PROYECTOS NO VETADOS POR EL PODER EJECUTIVO

CAMARA DE ORIGEN:	CAMARA REVISORA:	RESULTADO	P. EJECUTIVO
Primer caso: apueba	aprueba.	Pasa al ejecutivo.	publica.
Segundo caso: aprueba.	rechaza totalmente.	vuelve a la Cámara de origen con las observaciones respectivas, a fin de ser discutido nuevamente	
aprueba nuevamente.	desecha nuevamente.	el proyecto no puede volver a presentarse en el mismo período de sesiones.	
Tercer caso: aprueba.	rechaza totalmente.	vuelve a la Cámara de origen con las observaciones respectivas, a fin de ser discutido nuevamente	
aprueba nuevamente.	aprueba.	pasa al Ejecutivo.	publica.
Cuarto caso: aprueba.	desecha en parte, reforma o adiciona.	vuelve a la Cámara de origen para la discusión de lo desechado o de las reformas o adiciones.	
aprueba supresión, reformas o adiciones.		pasa al Ejecutivo.	publica.
Quinto caso: aprueba.	desecha en parte, reforma o adiciona.	vuelve a la Cámara de origen para la discusión de lo desechado o de las reformas o adiciones.	
rechaza supresión reformas o adiciones.	insiste en supresiones. adiciones o reformas.	el proyecto no puede volver a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones.	
Sexto caso: aprueba.	desecha en parte, reforma o adiciona.	vuelve a la Cámara de origen para la discusión de lo desechado o de las reformas o adiciones.	
rechaza supresión, reformas o adiciones.	rechaza supresión, reformas o adiciones, es decir, acepta el proyecto primitivo.	pasa al Ejecutivo.	publica.
Séptimo caso: rechaza.		no puede volver a presentarse en las sesiones del año.	

PROYECTOS VETADOS POR EL PODER EJECUTIVO

CAMARA DE ORIGEN:	CAMARA REVISORA:	P. EJECUTIVO	RESULTADO
aprueba.	aprueba.	desecha en todo o en parte.	vuelve a la Cámara de origen con sus observaciones.
insiste en su proyecto por mayoría de las $^2/_3$ partes de votos.	insiste por la misma mayoría.	debe ordenar la publicación.	

cación de la norma, aun cuando, de hecho, no tengan o no hayan podido tener noticia de la nueva disposición legal. Esta exigencia de la seguridad jurídica se formula diciendo que la ignorancia de las leyes debidamente promulgadas no sirve de excusa y a nadie aprovecha. El principio sufre una excepción en nuestro sistema, relativamente a los individuos que por su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, dejan de cumplir la ley que ignoraban. En tal hipótesis, pueden los jueces eximirles de las sanciones en que hubieren incurrido o, de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; pero en ambos casos se exige que el Ministerio Público esté de acuerdo, y que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.[7]

Tratándose de lugares distintos de aquel en que aparece el *Diario Oficial,* a los tres días señalados en la primera parte del artículo hay que añadir, según dijimos antes, uno más por cada cuarenta kilómetros o fracción que exceda de la mitad. Colígese de aquí que la fecha de iniciación de la vigencia de una ley federal —en el caso del sistema sucesivo —va alejándose de la de publicación conforme crece la distancia entre la ciudad de México y los diferentes lugares de la República.

La regla del artículo 3 del Código Civil vigente duplica la cifra señalada en los anteriores Códigos de 84 y 71. En el artículo 4º de éstos establecíase que a los tres días, contados a partir de la fecha de publicación, debía añadirse otro más por cada veinte kilómetros o fracción que excediese de la mitad.[8] La regla contenida en tales Códigos estaba de acuerdo con las condiciones de la época; pero la que

[7] Artículo 21 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

[8] Código Civil de 1871, Art. 4º: "Para que se reputen promulgados y obligatorios la ley, reglamento, circular o disposición general, en los lugares en que no reside la autoridad que hace la promulgación, se computará el tiempo a razón de un día por cada cinco leguas de distancia; si hubiere fracción que exceda de la mitad de la distancia indicada, se computará un día más."

Código Civil de 1884, Art. 4º: "Para que se reputen promulgados y obligatorios

establece el actual resulta anacrónica. Dada la gran extensión del territorio puede perfectamente presentarse el caso de que una ley publicada en México el primero de febrero, no entre en vigor en los lugares fronterizos sino aproximadamente dos meses más tarde. Por otra parte, la aplicación del sistema sucesivo da origen a problemas de solución muy difícil, como el que estriba en saber de qué manera ha de calcularse la distancia comprendida entre el lugar en que el *Diario Oficial* se publica y aquel en que la disposición tiene que cumplirse. ¿Bastará con trazar una línea recta sobre el mapa o habrá que tomar como base las vías de comunicación? Y, suponiendo que se opte por este último extremo y que las vías de comunicación sean múltiples, ¿cuál deberá servir para el cálculo de la distancia?

Las consideraciones anteriores nos autorizan para sostener la conveniencia de que el sistema sucesivo sea suprimido. Habría, pues, que dejar en pie el otro, pero adaptándolo a las exigencias de nuestra época y a las peculiaridades del territorio nacional.

El *sistema sincrónico* hállase consagrado en el artículo 4º del Código Civil. "Si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general, fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día, con tal de que su publicación haya sido anterior."

Este precepto tiene el defecto de no señalar el término de la *vacatio legis.* Si la disposición se interpretase literalmente, cabría sostener que una ley puede entrar en vigor en toda la República media hora después de su publicación, de establecerse así en sus artículos transitorios. Ello equivaldría a destruir el principio de la *vacatio legis* y daría origen a grandes inconvenientes y abusos. Por ello creemos que cuando en un texto legal se dice —cosa que a menudo ocurre— que las disposiciones del mismo entrarán en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial,* no debe aplicarse el sistema sincrónico, sino que hay que tomar como pauta, pese a sus defectos, las reglas del sucesivo.

28. SANCION, PROMULGACION, PUBLICACION.—Algunos autores distinguen, al referirse al proceso legislativo en el derecho mexicano, las expresiones sanción, promulgación y publicación. Transcribimos en seguida la tesis del distinguido maestro Trinidad García, expuesta en su obra *Introducción al Estudio del Derecho:* "La promulgación es, en

la ley, reglamento, circular o disposición general, en los lugares en que no reside la autoridad que hace la promulgación, se computará el tiempo a razón de un día por cada veinte kilómetros de distancia; si hubiere fracción que exceda de la mitad de la distancia indicada, se computará un día más."

términos comunes, la publicación formal de la ley. De esta definición se infiere que no hay lugar a distinguir gramaticalmente entre la promulgación y la publicación. Las dos palabras tienen el mismo significado cuando a la ley se refieren, y así lo demuestra el empleo que se les ha dado y se les da en el lenguaje corriente y en el jurídico; la Constitución y los Códigos de 70 y 84 emplean indistintamente los dos términos para expresar la misma idea (artículos 70, 72, inciso *a)*, y 89, fracción I de aquélla y 2 a 4 de éstos). Pero la promulgación de la ley encierra dos actos distintos: por el primero, el Ejecutivo interpone su autoridad para que la ley debidamente aprobada se tenga por disposición obligatoria; por el segundo, la da a conocer a quienes deben cumplirla. El primer acto implica, naturalmente, que la ley ha sido aprobada por el Ejecutivo o que, objetada por él, ha sido ratificada por las Cámaras. Como se ve, la intervención del Ejecutivo en la formación de las leyes tiene tres fases independientes, con fines diversos y efectos propios cada una. Por esta causa deben jurídicamente distinguirse los actos correspondientes a cada una de esas fases y hay que darles nombre especial. Esta necesidad no se sentía en el antiguo derecho, cuando un solo órgano de gobierno hacía la ley y la publicaba; se impone, en cambio, actualmente, por las complicaciones producidas por los nuevos sistemas de derecho público. Consecuentes, pues, con la realidad presente de las cosas, emplearemos tres diversos términos para referirnos a esos actos; serán los de: *a) sanción*, para la aprobación de la ley por el Ejecutivo; *b) promulgación*, para el reconocimiento formal por éste de que la ley ha sido aprobada conforme a derecho y debe ser obedecida; *c) publicación*, para el acto de hacer posible el conocimiento de la ley, por los medios establecidos para el efecto." [9]

29. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO.—"*La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el* jus moribus constitutum." [10]

François Gény la define como "un *uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo*". [11]

Las definiciones precedentes revelan que el derecho consuetudinario posee dos características:

---

[9] Obra citada, pág. 71.
[10] Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, pág 36
[11] Gény, *Méthode d'interpretation*, 2ème. ed., I, pág. 323.

1º Está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo; y

2º Tales reglas transfórmanse en derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley.

De acuerdo con la llamada teoría "romano-canónica", la costumbre tiene dos elementos, *subjetivo* uno, *objetivo* el otro. *El primero consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe, por tanto, aplicarse; el segundo, en la práctica, suficientemente prolongada, de un determinado proceder.* La convicción de la obligatoriedad de la costumbre implica la de que el poder público pueda aplicarla, inclusive de manera coactiva, como ocurre con los preceptos formulados por el legislador. Los dos elementos del derecho consuetudinario quedan expresados en la ya citada fórmula: *inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis.*

Jorge Jellinek es autor de una teoría que permite explicar la formación de la costumbre jurídica. Queremos referirnos a la doctrina de la *fuerza normativa de los hechos*, que expone en el tomo primero de su *Teoría General del Estado.* Los hechos tienen —dice el mencionado jurista— cierta fuerza normativa. Cuando un hábito social se prolonga, acaba por producir, en la conciencia de los individuos que lo practican, la creencia de que es obligatorio. De esta suerte, lo normal, lo acostumbrado, transfórmase en lo debido, y lo que en un principio fue simple uso, es visto más tarde como manifestación del respeto a un deber. O, como dice Ehrlich: "la costumbre del pasado se convierte en la norma del futuro".[12]

En la tesis que examinamos existe indudablemente un elemento verdadero, pues la repetición de ciertas maneras de comportamiento suele dar origen a la idea de que lo que siempre se ha hecho, debe hacerse siempre, por ser uso inveterado. El fenómeno a que alude la tesis del famoso tratadista explica el proloquio: la costumbre es ley.

Al lado del acierto que señalamos, encierra la doctrina un grave error: el que estriba en sostener que la simple repetición de un acto engendra, a la postre, normas de conducta. Tal creencia es infundada, porque de los hechos no es correcto desprender conclusiones normativas. Kant tuvo el mérito de demostrar que entre el mundo del ser y el reino del deber media un verdadero abismo. Hay actos obligatorios que rara vez se repiten y, ello no obstante, conservan su obligatoriedad. Otros, en cambio, no pueden reputarse nunca como cumplimiento de una norma,

[12] EUGEN EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law.* Traslated by Walter L. Moll. Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1936, pág. 85.

pese a su frecuencia. Recuerde el lector las ideas desarrolladas en el capítulo primero de esta obra acerca de la validez y la facticidad de las proposiciones normativas.

La distinción, anteriormente establecida,[13] entre valor formal e intrínseco de los preceptos del derecho, no sólo es aplicable a las leyes escritas, sino a las reglas de origen consuetudinario. Es posible, por tanto, que una costumbre jurídica carezca de justificación desde el punto de vista filosófico.

¿En qué momento deja una costumbre de ser mero hábito, para convertirse en regla de derecho? Algunos autores sostienen que la regla consuetudinaria no puede transformarse en precepto jurídico mientras el poder público no le reconoce carácter obligatorio.

El reconocimiento de la obligatoriedad de una costumbre por el poder público puede exteriorizarse en dos formas distintas: expresa o tácita. El reconocimiento expreso realízase por medio de la ley. El legislador establece, por ejemplo, que a falta de precepto aplicable a una determinada controversia, deberá el juez recurrir a la costumbre. El reconocimiento tácito consiste en la aplicación de una costumbre a la solución de casos concretos.

El problema que debemos resolver es si, a falta de reconocimiento legal de la obligatoriedad de la costumbre, puede ésta surgir, independientemente de su aceptación por los jueces. La cuestión es resuelta negativamente por numerosos juristas, entre los que hay que citar a Kelsen, Mircea Djuvara y Marcel Planiol.

Kelsen parte del principio de la estatalidad del derecho, y estima que una regla de conducta sólo asume carácter obligatorio cuando representa una manifestación de la voluntad del Estado. Consecuente con esta doctrina, concluye que el derecho consuetudinario no puede nacer sino a través de la actividad de los órganos jurisdiccionales.[14]

Colocándose en una posición semejante, el jurista rumano Djuvara dice que "la costumbre no podría ser fuente del derecho positivo si no fuese aplicada por los órganos estatales a los casos concretos (especialmente por los jueces, en materia de derecho privado). Es la jurisprudencia la que da vida a la costumbre como fuente del derecho, al aplicarla a los casos individuales".[15]

Planiol se expresa en forma parecida: "No creo que sea posible

[13] Ver sección 23. Véase también mi ensayo *Diálogo sobre las fuentes formales del derecho.* en el tomo X, número 42, abril-junio de 1949, de la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.

[14] *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre.* Tübingen, 1911, pág. 34.

[15] *Recueil d'études sur les sources du droit,* París. 1934. I, pág. 237.

crear, al margen de la jurisprudencia, reglas consuetudinarias jurídicamente obligatorias."[16]

En opinión de François Gény, la tesis anterior es falsa. Piensa el ilustre maestro que la costumbre jurídica no nace de la práctica de los tribunales, aun cuando reconoce que la aplicación de aquélla por los jueces es manifestación indudable de la *opinio necessitatis*. Si los tribunales aplican la costumbre es precisamente porque en su concepto corresponde a una verdadera regla de derecho, es decir, a un precepto nacido consuetudinariamente, y anterior, por tanto, a las decisiones que le reconocen validez. La aplicación no constituye un acto de creación, sino de reconocimiento de la norma.[17]

En su bello estudio titulado *¿Cuáles son las causas de la autoridad del derecho?*, el jurista suizo Augusto Simonius cita un interesante ejemplo que demuestra la posibilidad de que una costumbre jurídica se forme independientemente de la actividad judicial, por la simple concurrencia de la *inveterata consuetudo y la opinio juris seu necessitatis.* Helo aquí: "El Código Federal de las Obligaciones de 1881 prohibía a las sociedades anónimas, en su artículo 873, llevar el nombre de personas vivas. Pero en la actualidad se reconoce unánimemente que esta prohibición ha sido abrogada por una costumbre derogatoria. En Suiza hay ahora centenares de sociedades anónimas que llevan el nombre de personas vivas. Ocurrió que diversas sociedades de esta clase empezaron a usar tales nombres. Poco a poco, el uso fue generalizándose. No hubo protestas. Las autoridades del registro de comercio registraron dichas sociedades, a pesar de su nombre ilegal. Los que formaron el uso procedieron como si las sociedades anónimas tuvieran el derecho de llevar esos nombres. Actualmente, todo el mundo tiene la convicción de que un juez llamado a decidir sobre ese derecho, lo reconocería. La situación es, pues, idéntica a la que existiría si el artículo 873 permitiera a las sociedades de que hemos venido hablando usar el nombre de personas vivas."[18]

30. RELACIONES DEL DERECHO CONSUETUDINARIO CON EL LEGISLADO. LAS TRES FORMAS DE LA COSTUMBRE JURIDICA, SEGUN WALTER HEINRICH. —Si examinamos las relaciones que median entre la costumbre y la ley descubriremos, según Heinrich, tres diversas formas del derecho consuetudinario, a saber: 1. *delegante*. 2. *delegado*. 3. *derogatorio*.

---

[16] Citado por DJUVARA en su monografía *Droit rationnel et droit positif. Recueil d'études sur les sources du Droit*. I, pág. 275.

[17] *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, 2eme. ed., tomo I, pág. 365.

[18] *Recueil d'études sur les sources du droit*, Paris, 1934, I, pág. 212.

"El *delegante* se da cuando por medio de una norma jurídica no escrita se autoriza a determinada instancia para crear derecho escrito." [19] La costumbre jurídica se halla entonces supraordinada a la ley. Existe la misma relación en la monarquía absoluta, cuando el monarca, cuya situación jurídica se encuentra regulada consuetudinariamente, expide leyes de carácter general.

Se habla de derecho consuetudinario *delegado* en aquellos casos en que la ley remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias. En tal hipótesis, la costumbre hállase subordinada al derecho escrito; es, como dice Somló, "costumbre jurídica secundaria".[20] A la esfera del consuetudinario delegado pertenecen también, según Heinrich, los usos mercantiles *(Usances, Verkehrssitten,* etc.).

"El consuetudinario delegado no puede ser contrario a los preceptos de la ley. La delegación establecida por el legislador no es superflua ni carece de importancia, como en ocasiones se afirma. Sirve, al menos, para desvanecer cualquier duda acerca de la vigencia de ciertos usos y costumbres populares." [21]

La costumbre desenvuélvese a veces en sentido opuesto al de los textos legales. Es el caso de la costumbre *derogatoria.* Heinrich admite la posibilidad de que ésta se forme aun cuando el legislador le niegue expresamente validez, como ocurre, verbigracia, entre nosotros.[22] le quitó poder al derecho

31. DISTINCION ENTRE LA COSTUMBRE Y LOS USOS.—Con gran frecuencia, el legislador remite al magistrado, para la solución de determinadas controversias, a los *usos* locales o profesionales. Tal cosa ocurre principalmente en materia mercantil *(usos comerciales y bancarios, usances, Geschäftsgebräuche, Verkehrssitten, usages de commerce,* etc.).

Gény los define en estos términos: "Se trata de las prácticas, generales unas, otras locales o profesionales, que concurren de un modo tácito en la formación de los actos jurídicos, especialmente los contratos, y que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se sobrentienden en todos esos actos, inclusive, con algunas reservas, en los de carácter solemne, para interpretar o completar la voluntad de las partes." [23]

Algunos autores consideran que los usos no son sino una variedad de la costumbre jurídica. Entre ésta y aquéllos existen, sin embargo, importantes diferencias, como lo ha demostrado claramente Gény. En los

---

[19] "Zur Problematik des Gewohnheitsrechts", en *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény,* París, 1934, tomo II, pág. 292.
[20] *Juristische Grundlehre,* 2ª ed., Leipzig, 1927, pág. 350.
[21] Obra citada, pág. 124.
[22] Obra citada, pág. 124.
[23] GÉNY, *Méthode d'interprétation.* 2ème. ed., París, 1919, I, pág. 418.

usos encontramos el elemento objetivo de la costumbre, la práctica más o menos reiterada y constante de ciertos actos; mas no podemos afirmar lo propio del elemento subjetivo, u *opinio juris*.[24] Los usos sirven para completar o interpretar la voluntad de las partes sólo en cuanto se estima que han querido libremente acogerse a ellos. Ahora bien: esta facultad electiva excluye la idea de necesidad que se halla indisolublemente ligada a la verdadera costumbre jurídica. De aquí que los usos no puedan aplicarse cuando las partes han manifestado una voluntad diversa.[25]

32. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO MEXICANO.—La costumbre desempeña en nuestro derecho un papel muy secundario. Sólo es jurídicamente obligatoria cuando la ley le otorga tal carácter. No es, por ende, fuente inmediata, sino *mediata* o *supletoria* del orden positivo.

El artículo 10 del Código Civil del Distrito Federal establece el principio general de que "contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario". Dicho de otro modo: la costumbre no puede derogar la ley. Lógicamente, nada impide concebir la posibilidad de que se forme una costumbre contraria a los textos legales y en la cual concurran los dos elementos, objetivo y subjetivo; de que hablamos en la sección 29; desde el punto de vista de la doctrina romano-canónica, esa práctica tendría el carácter de costumbre jurídica derogatoria; desde el punto de vista legal, en cambio, sería un hecho antijurídico.

En el Código que citamos arriba hay varios artículos que otorgan a la costumbre y al uso el carácter de fuentes supletorias del derecho mexicano. Por ejemplo:

"Artículos 996 y 997. El usufructuario de un monte disfruta de todos los productos que provengan de éste, según su naturaleza." "Si el monte fuere talar o de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas o cortes ordinarios que haría el dueño; acomodándose en el modo, porción o época a las leyes especiales (legislación forestal) o a las

---

[24] "La costumbre se distingue del uso en sentido técnico, en cuanto es fuente autónoma del derecho, mientras que el uso se aplica sólo porque una norma de ley hace expresa referencia a él. El uso, pues, no es por sí mismo fuente del derecho, sino que sirve solamente para dar el contenido a una determinada norma de ley, que le da eficacia. También el uso en sentido técnico supone la existencia de un elemento subjetivo que, sin embargo, es menos intenso que la *opinio necessitatis*, y consiste sólo en la conciencia de la generalidad del uso. En este caso el elemento formal se encuentra en la norma que confiere eficacia al uso." SALVADOR PUGLIATTI, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, trad. de ALBERTO VÁZQUEZ DEL MERCADO. México, 1943, pág. 97.

[25] Consultar sobre este punto: ALFREDO ROCCO, *Principios de Derecho Mercantil*, trad. GARRIGUES, Madrid, 1931, 116-138. R. ESTEVA RUIZ: "Los Usos Comerciales como Normas Jurídicas", en la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Jurisprudencia*, 2ª época, tomo I, número I, agosto de 1930.

costumbres del lugar." Creemos que en el precepto anterior se emplea la palabra *costumbres* no en su acepción jurídica, sino en el sentido de *usos*.

"Art. 1796.—Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley".

"Art. 2607.– Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados".

"Art. 2754.—Las condiciones de este contrato (alude al de aparcería), se regularán por la voluntad de los interesados; pero a falta de convenio se observará la costumbre general del lugar, salvo las siguientes disposiciones". Tanto en el artículo 2754 como en el 2607 la palabra *costumbre* se emplea en el sentido de *uso*.

En derecho obrero la costumbre juega el papel de fuente supletoria general. Así lo dispone el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, que a la letra dice: "A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta ley o en sus reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad".

Después de la costumbre, la equidad tiene también, de acuerdo con el precepto transcrito, el carácter de fuente supletoria general. A ella alude, al hablar de las relaciones de trabajo, el artículo 31 del mismo ordenamiento. Tal precepto dice así: "Los contratos y las relaciones de trabajo obligan a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe y a la equidad".

Existe una referencia a lo que se llama "costumbre del lugar" en la fracción VII, d) del artículo 283 de la misma Ley Federal del Trabajo.

A los usos bancarios y mercantiles alude la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 2º. Este precepto dice: "Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior (o sea, los relativos a los títulos de crédito) se rigen:

"I. Por lo dispuesto en esta ley y en las demás leyes especiales relativas; en su defecto;

"II. Por la legislación mercantil en general; en su defecto;

"III. *Por los usos bancarios y mercantiles*, y en defecto de éstos;

"IV. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal."

En nuestro derecho penal no asume la costumbre papel alguno, pues tal materia se halla dominada por el principio *no hay delito sin ley; no hay pena sin ley*. "En los juicios del orden criminal —dice la Constitución en su artículo 14— queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

33. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO.—La palabra *jurisprudencia* posee dos acepciones distintas. En una de ellas equivale a *ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo*.[26] En la otra, sirve para designar el *conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales*.[27]

Algunas veces, la ley otorga a las tesis expuestas en las resoluciones de ciertas autoridades judiciales, carácter obligatorio, relativamente a otras autoridades de inferior rango. En nuestro derecho, por ejemplo, la juris-

[26] "La jurisprudencia implica el conocimiento del derecho y, en este sentido, se ha tomado para significar no un conocimiento cualquiera, sino el conocimiento más completo y fundado del mismo, es a saber, el científico. Como sinónima de ciencia del derecho ha corrido ente tratadistas y legisladores. Así los romanos la definían: *rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia. Verá non simulata philosophia* que decía ULPIANO." F. CLEMENTE DE DIEGO, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Madrid, 1925, pág. 46.

[27] "En la práctica normal del derecho llevada a cabo coactivamente por los órganos del Estado constitucionalmente ordenados al restablecimiento del derecho, a su cumplimiento forzoso previa declaración concreta del mismo, es donde se vincula especialmente la formación de la jurisprudencia, porque la aplicación del derecho incumbe a los tribunales como órganos específicos de esa función y de aquí que la jurisprudencia se refiera *per eminentiam* a la actividad de los jueces y tribunales." DE DIEGO, obra citada, pág. 57.

prudencia de la Suprema Corte de Justicia obliga a la propia Corte y a los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, Juzgados de Distrito, Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales y federales.

"Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros" (párrafo segundo del artículo 192 de la Ley de Amparo).

De acuerdo con el artículo 193 bis de la misma Ley de Amparo, "la jurisprudencia que establezcan los Tribunales Colegiados de Circuito, en materia de su competencia exclusiva, es obligatoria para los mismos Tribunales, así como para los Juzgados de Distrito, Tribunales Judiciales del fuero común, Tribunales Administrativos y del Trabajo que funcionen dentro de su jurisdicción territorial.

"Las ejecutorias de los tribunales colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran".

En las disposiciones legales citadas la palabra *jurisprudencia* úsase en un sentido más restringido que el indicado en un principio, ya que sólo se aplica a las *tesis* que reúnan los requisitos señalados por las mismas disposiciones. En lo que atañe a nuestro derecho podemos hablar, por tanto, de jurisprudencia *obligatoria* y *no obligatoria*. Relativamente a las autoridades mencionadas en esos preceptos, las tesis jurisprudenciales tienen la misma fuerza normativa de un texto legal.[28] Dichas tesis son de dos especies: o *interpretativas* de las leyes a que se refieren, o *integradoras* de sus lagunas.

Expliquemos, con ayuda de un ejemplo, la distinción entre *tesis* y *ejecutoria*. Si la Corte, funcionando en Pleno, formula una interpretación del artículo 133 constitucional, y la ejecutoria (o sentencia) que la contiene es aprobada, la tesis interpretativa no es jurisprudencia obligatoria.

[28] "Cuando una decisión jurisprudencial es declarada formalmente obligatoria para las decisiones futuras, desempeña exactamente el mismo papel que la ley." M. DJUVARA, *Droit rationnel et droit positif*, Recueil Gény, I, pág. 269.

Pero si el Pleno aplica la misma interpretación en cinco resoluciones no interrumpidas por otra en contrario, y las ejecutorias son aprobadas por más de trece Ministros, la norma jurisprudencial queda formada. Ello significa que tanto la Corte como los jueces y tribunales a que se refiere el artículo 192 de la Ley de Amparo tienen el deber de sujetarse al criterio hermeneútico adoptado por el Pleno, o en otras palabras, la obligación de interpretar el artículo 133 de nuestra Constitución en la misma forma en que aquél lo entiende. Y tal obligación sólo se extingue cuando la norma jurisprudencial deja de estar en vigor.

Antes de que surja la jurisprudencia obligatoria, los criterios interpretativos o integradores no obligan a otros tribunales, ni a la propia Corte. Es posible, por ejemplo, que un Juez de Distrito adopte, frente a los mismos problemas, diferentes soluciones. Y está facultado para proceder así porque no hay, relativamente a ellos, normas interpretativas o de integración que lo obliguen a seguir el dictamen de aquel tribunal.

Al formarse la jurisprudencia obligatoria surge una norma nueva, de índole abstracta, que en el caso del ejemplo podría expresarse de este modo: "El artículo 133 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos debe interpretarse..." (aquí vendría la tesis interpretativa).

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 193 de la Ley de Amparo, "las ejecutorias de las salas de la Suprema Corte de Justicia constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por cuatro ministros".

Tanto el primer párrafo del artículo 192, como el primero del 193 citados, tienen el defecto de no referirse al caso en que las tesis constitutivas de la jurisprudencia obligatoria no son *interpretativas*, sino *integradoras* de lagunas.

Según el artículo 194 de la misma ley, "la jurisprudencia se interrumpe, dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por catorce ministros, si se trata de la sustentada por el Pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito. En todo caso, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a las que se tuvieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa. Para la modificación

de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta ley, para su formación".

La expresión "se interrumpe", empleada en el precepto transcrito, no es correcta, ya que al dictarse una ejecutoria discrepante la jurisprudencia no se "interrumpe" ni se "modifica", sino se deroga. A esto equivale, en efecto, la extinción de su obligatoriedad general. Una nueva tesis no puede surgir si no vuelven a cumplirse los requisitos que condicionaron la formación de la derogada. Volviendo al ejemplo: cuando el Pleno modifica su interpretación del artículo 133 de la Constitución, la nueva tesis hermenéutica sólo adquiere obligatoriedad general si el propio Pleno la reitera en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y esas sentencias son aprobadas por más de trece ministros. Una sola resolución discrepante puede, pues, destruir la obligatoriedad de las tesis jurisprudenciales. Lo cual significa que aquí, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las disposiciones que emanan del poder legislativo, una norma individualizada deroga a otra de índole abstracta.

El siguiente artículo de la Ley de Amparo estatuye que "cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, cualquiera de estas salas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas podrán denunciar la contradicción ante la misma Suprema Corte de Justicia, la que decidirá funcionando en pleno, qué tesis debe observarse. El Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de diez días.

La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias contradictorias en los juicios en que fueron pronunciadas".

De acuerdo con el artículo 195 bis del mismo ordenamiento, "cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados Tribunales, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la sala correspondiente de la Suprema Corte de Justicia, la que decidirá qué tesis debe prevalecer. El Procurador General de

la República, por sí o por conducto del Agente que al efecto designe podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de diez días.

La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias contradictorias en los juicios en que fueron pronunciadas".

El último párrafo del artículo que acabamos de copiar revela que, tanto en dicho precepto como en el anterior, las expresiones "contradicción" y "tesis contradictorias" no se refieren sólo a los casos en que hay contradicción *en el sentido lógico del término,* sino también a aquellos en que únicamente existen contrariedad o discrepancia.

Expliquemos la anterior distinción por medio de ejemplos. Si en las tesis de dos diferentes Salas de la Suprema Corte se establece, en relación con un mismo precepto legal que señala un término, por un lado, que en dicho término deben incluirse los días feriados y, por otro, que tales días no deben incluirse en ese término, entre dichas tesis existe contradicción en sentido lógico, puesto que una de ellas ordena y la otra prohíbe la misma conducta. No existe, en consecuencia, la posibilidad de una tercera solución: en el término legal del ejemplo o deben o no deben incluirse los días festivos, *tertium non datur.*

A menudo, las tesis que forman la jurisprudencia no son contradictorias en sentido lógico, sino simplemente discrepantes o contrarias.

Supongamos que la diversidad consiste en lo siguiente:

Tesis A: "Las condiciones que en el Estado de Jalisco deben llenarse para obtener el título de Contador Público y Auditor son *a, b, c y d".*

Tesis B: "Las condiciones que en el Estado de Jalisco deben llenarse para obtener el título de Contador Público y Auditor son *a, d, f* y *g".*

En tal hipótesis no habría contradicción, sino contrariedad o simple discrepancia. Esto significa que las tesis de nuestro ejemplo no pueden ser válidas ambas, pese a lo cual es lógicamente posible que, llevando el asunto al Pleno de la Corte, éste declare que las dos carecen de validez, y decida que la única admisible es *C*, según la cual "las condiciones que en el Estado de Jalisco deben llenarse para obtener el título de Contador Público y Auditor son *a*, *f*, *h* e *i*".

Cuando hay contradicción normativa no es posible que las tesis incompatibles sean ambas válidas, ni inválidas las dos. Volviendo al ejemplo: entre sostener que en un término deben incluirse los días inhábiles y decir que tales días no deben incluirse en dicho término, no existe una tercera posibilidad. Cuando dos tesis son contrarias, es, en cambio, posible que ambas sean declaradas inválidas por la autoridad a quien la ley encomienda la función de fijar la jurisprudencia obligatoria.

Aun cuando es la lógica la que nos enseña cuándo hay contradicción o simple contrariedad entre normas jurídicas, debe tenerse muy presente que el problema que estriba en saber cuál de dos preceptos de derecho contradictoriamente opuestos es válido, o en determinar si dos preceptos contrarios tienen o no fuerza obligatoria, *no es problema lógico,* sino cuestión que sólo el derecho positivo puede resolver.

De acuerdo con el artículo 196 de la Ley de Amparo, "cuando las partes invoquen en el juicio de amparo la jurisprudencia de la Suprema Corte o de los Tribunales Colegiados de Circuito, lo harán por escrito, expresando el sentido de aquélla y designando con precisión las ejecutorias que la sustentan".

El artículo siguiente dispone: "Las ejecutorias de amparo y los votos particulares de los ministros y de los magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito, que con ellas se relacionen, se publicarán en el Semanario Judicial de la Federación, siempre que se trate de las necesarias para constituir jurisprudencia o para contrariarla, así como aquellas que la Corte funcionando en pleno, las Salas o los citados tribunales, acuerden expresamente".

A la jurisprudencia obligatoria del Tribunal Fiscal de la Federación se refieren los artículos 259 a 261 del Código Fiscal correspondiente. Tales artículos dicen así: Artículo 259: "La jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación será establecida por la Sala Superior y será obligatoria para la misma y para las salas regionales y sólo la Sala Superior podrá variarla." Artículo 260: "La jurisprudencia se forma en los siguientes casos: I. Al resolver las contradiciones entre las sentencias dictadas por las salas regionales y que hayan sido aprobadas lo menos por seis de los magistrados que integran la Sala Superior. II. Si al resolver el recurso de queja interpuesto en contra de una sentencia de la sala regional, la Sala Superior decide modificarla. III. Cuando la Sala Superior haya dictado en el recurso de revisión tres sentencias consecutivas no interrumpidas por otra en contrario, sustentando el mismo criterio y que hayan sido aprobadas lo menos por seis de los magistrados. En estos casos, el magistrado instructor propondrá a la Sala Superior, la tesis jurisprudencial, la síntesis y el rubro correspondiente a fin de que se aprueben. Una vez aprobados, ordenarán su publicación en la Revista del Tribunal". Artículo 261: "Los magistrados, las autoridades o cualquier particular podrán dirigirse al Presidente del Tribunal denunciando la contradicción entre las sentencias dictadas por las salas regionales. Al recibir la denuncia el Presidente del Tribunal designará por turno a un magistrado para que formule la ponencia sobre si existe contradicción y, en su caso, proponga a la Sala Superior el criterio que deba prevalecer, el cual no modificará los derechos u obligaciones que deriven de las sentencias."

El Artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal dispone: "Para fijar o modificar jurisprudencia en los casos a que se refiere el artículo 231 fracción III del Código Fiscal de la Federación, será necesario que en cada una de las tres sentencias en que se sustente la misma tesis hayan votado en igual sentido, cuando menos, seis magistrados.

Para fijar o modificar jurisprudencia en los demás casos señalados en dicho precepto, se requerirá también la votación en el mismo sentido de seis magistrados. Cuando no se logre esta mayoría en dos sesiones,

---

[29] Cf. E. GARCIA MAYNEZ, *Introducción a la Lógica Jurídica* Fondo de Cultura Económica, México 1951, cap. I.

[30] De acuerdo con el artículo 1o. de la Ley orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, éste es "un tribunal administrativo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, con la organización y atribuciones que esta ley establece". Según el artículo 2, "El Tribunal se integra por una sala Superior y Por Salas Regionales". "La Sala Superior se compondrá de nueve magistrados especialmente nombrados para integrarla, pero bastará la presencia de seis de sus miembros para que pueda sesionar" (Artículo 11 de la citada ley Orgánica).

se tendrá por desechado el proyecto y el presidente del Tribunal designará otro magistrado distinto del ponente para que en el plazo de quince días formule nuevo proyecto".

El artículo 15, Fr. I de la mencionada ley orgánica encomienda a la Sala Superior la función de fijar la jurisprudencia, y el artículo 16, III, números 3 y 4 del Reglamento Interior estatuye que el redactor de la *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación* debe llevar por materias "un catálogo cedular de las tesis sustentadas por las Salas en sus sentencias y sólo respecto de aquellas que se publiquen en la revista", lo mismo que dar cuenta al presidente "de las contradicciones" que descubra en las ejecutorias de las diversas salas, a efecto de que dicho funcionario, si lo estima procedente, someta el asunto al Pleno..."

34. PROCESOS DE CREACION DE NORMAS INDIVIDUALIZADAS—En las secciones precedentes nos hemos referido a los procesos que culminan en la creación de normas generales. Pero el derecho vigente en un cierto país y una cierta época no está exclusivamente integrado por preceptos de esa índole. Subordinadas a los de carácter general existen las normas *individualizadas*, que, como su nombre lo indica, sólo se aplican a uno o varios miembros, individualmente determinados, de la clase designada por el concepto-sujeto de los preceptos generales que les sirven de base.

Son individualizadas: las resoluciones judiciales y administrativas, los testamentos y los contratos; y, en el orden internacional, los tratados. Así como en el caso de los preceptos genéricos la creación de los mismos está condicionada por una serie de requisitos de orden formal, en el de las individualizadas hay también una serie de condiciones de validez, lo que nos permite hablar de los procesos creadores de dichas normas. Relativamente a los contratos, por ejemplo, hay que distinguir entre la norma contractual y el proceso de contratación; en el caso del fallo judicial y en el de las resoluciones administrativas, debemos distinguir, igualmente, la resolución del juez o del órgano administrativo y el proceso que debe seguirse para la formulación de tales normas. De manera parecida, los tratados internacionales, que tienen también el carácter de normas individualizadas, puesto que sólo obligan y facultan a las partes contratantes, no se confunden con los *acuerdos* conducentes a su formulación. Declarar que la convención o el tratado son fuentes formales del derecho de gentes es error análogo al cometido por quienes afirman que la ley es fuente del orden jurídico en vigor.[31] Así como la

legislación es un proceso cuyo fin estriba en la formulación de normas generales, el acuerdo internacional constituye un proceso formalmente regulado, que culmina en el establecimiento de la individualizada que llamamos tratado internacional...[32]

35. LA DOCTRINA.— *Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación.* Como la doctrina representa el resultado de una actividad especulativa de los particulares, sus conclusiones carecen de fuerza obligatoria, por grande que sea el prestigio de aquéllos o profunda la influencia que sus ideas ejerzan sobre el autor de la ley o las autoridades encargadas de aplicarla.

La doctrina puede, sin embargo, transformarse en fuente formal del derecho en virtud de una disposición legislativa que le otorgue tal carácter. Las opiniones de ciertos jurisconsultos ilustres de la Roma imperial, por ejemplo, eran obligatorias para el juez, por disposición expresa del emperador. "Es práctica constante, desde el emperador Tiberio (42 a. C.-37 d.C.), que los jurisconsultos más eminentes reciban del emperador el *jus respondendi, jus publice, populo respondendi,* o sea el derecho a emitir dictámenes obligatorios para el juez, para el *judex privatus* nombrado en el proceso y para el magistrado. Siempre que el *responsum* que exhiba una de las partes provenga de un jurista autorizado y que en él se guarden las formas de rigor —estar otorgado por escrito y sellado—, el juez tiene que respetarlo en su sentencia, si no se le presenta otro de diferente tenor, que reúna idénticas condiciones. Esta autoridad, de que en un principio sólo gozaban las respuestas dadas especialmente para un proceso, extiéndese luego, por vía de costumbre, a cualesquiera otras formuladas con anterioridad, prescindiéndose también de la forma oficial y bastando que las opiniones se manifestasen en forma de doctrina en las colecciones de *responsa;* consérvase noticia de un

---

[31] Sobre el problema de las fuentes del derecho internacional, consultar: N. POLITIS, *Méthodes d'interpretation du droit international conventionnel;* A. VERDROSS *Les principes généraux du droit comme source du droit des gens;* CHARLES DE VISSCHER, *Contribution à l'étude des sources du droit international;* G. SCELLE *Essai sur les sources formelles du droit international;* en el Recueil Gény, tomo III.

[32] La facultad de celebrar tratados con las potencias extranjeras pertenece en nuestro derecho al Presidente de la República (art. 89, fr. X de la Const. Federal). Los tratados internacionales celebrados por el Presidente deben ser aprobados por el Senado (fr. I del artículo 76 constitucional).

rescripto del emperador Adriano (76-138 d.C.), en que se confirma expresamente esta costumbre. Los dictámenes de los jurisconsultos privilegiados *–responsa prudentium–* se convierten así en una especie de fuente de derecho, y su virtud va comunicándose, poco a poco, a toda la literatura jurídica".[33]

[33] R. SOHM *Instituciones de Derecho Privado Romano* 17ª edición, trad. de W. ROCES, página 83.

CAPITULO VI

CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

SUMARIO

36. PRINCIPALES CRITERIOS DE CLASIFICACION.—Clasificar es un problema de perspectiva. Hay tantas clasificaciones como criterios de división. Pero la selección de éstos no debe ser caprichosa. Posible sería, aun cuando enteramente ocioso, dividir los libros de una biblioteca atendiendo al color de sus tejuelos, o formar grupos de normas de acuerdo con el número de palabras de su expresión verbal. Las clasificaciones tienen únicamente valor cuando responden a exigencias de orden práctico o a necesidades sistemáticas. Al dividir los preceptos jurídicos tendremos muy presente dicho postulado.

Agruparemos las normas del derecho:

a) Desde el punto de vista del sistema a que pertenecen.
b) Desde el punto de vista de su fuente.
c) Desde el punto de vista de su ámbito espacial de validez.
d) Desde el punto de vista de su ámbito temporal de validez.
e) Desde el punto de vista de su ámbito material de validez.
f) Desde el punto de vista de su ámbito personal de validez.
g) Desde el punto de vista de su jerarquía.

h) Desde el punto de vista de sus sanciones.
i) Desde el punto de vista de su cualidad.
j) Desde el punto de vista de sus relaciones de complementación.
k) Desde el punto de vista de sus relaciones con la voluntad de los particulares.

37. CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL SISTEMA A QUE PERTENECEN.—Todo precepto de derecho pertenece a un sistema normativo. Tal pertenencia depende de la posibilidad de referir directa o indirectamente la norma en cuestión a otra u otras de superior jerarquía y, en última instancia, a una norma suprema, llamada constitución o ley fundamental. Todos los preceptos que se hallan mediata o inmediatamente subordinados a la Constitución Mexicana, por ejemplo, forman parte del sistema jurídico de nuestro país.

Desde el punto de vista de la pertenencia o no pertenencia a un ordenamiento cualquiera, los preceptos del derecho divídense en *nacionales* y *extranjeros*. Pero puede ocurrir que dos o más Estados adopten (mediante un tratado) ciertas normas comunes, destinadas a la regulación de determinadas situaciones jurídicas. A esas normas se les da entonces la denominación de derecho uniforme.[1]

En principio, las que pertenecen al sistema jurídico de un país se aplican sólo en el territorio de éste. Mas el citado principio posee excepciones, como más adelante veremos.[2] No solamente existe la posibilidad de que las normas nacionales se apliquen en territorio extranjero, sino la de que las extranjeras tengan aplicación en el nacional.

38. CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU FUENTE.—Los preceptos del derecho pueden ser formulados, se-

---

[1] "La presencia de un derecho uniforme elimina el problema del conflicto de varias normas en el espacio, así como la necesidad de un derecho internacional privado. Como resultado de este movimiento se ha obtenido un proyecto para un código común italo-francés de obligaciones y contratos, así como la Convención de Ginebra sobre el derecho uniforme cambiario, de 7 de junio de 1930, convertida en ley interna del Estado italiano por decreto ley 1130 de 25 de agosto de 1932 y en ley por ley 1946 del 22 de diciembre del propio año." MARIO ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto privato*, I, Torino, 1932, pág. 49. La ley uniforme de Ginebra sobre la letra de cambio ha sido adoptada por los siguientes países: Alemania (21 de junio de 1933); Dinamarca (23 de marzo de 1932); Finlandia (14 de julio de 1932); Francia (decreto-ley de 30 de octubre de 1936; ley de 8 de abril de 1936); Grecia (9 de marzo de 1932); Japón (15 de julio de 1932); Mónaco (18 de febrero de 1933); Noruega (27 de mayo de 1932); Polonia (28 de abril de 1936); Portugal (29 de marzo de 1934); Suecia (13 de mayo de 1932); Suiza (18 de diciembre de 1936). Datos tomados de la obra de P. ARMINJON y P. CARRY. *La lettre de change et le billet à ordre*, Paris, 1938, pág. 591.

[2] Al hablar de los conflictos de leyes.

gún hemos visto, por órganos especiales (poder legislativo); provenir de la repetición más o menos reiterada de ciertas maneras de obrar, cuando a éstas se halla vinculado el convencimiento de que son jurídicamente obligatorias, o derivar de la actividad de ciertos tribunales. A los creados por órganos especiales, a través de un proceso regulado formalmente, se les da el nombre de *leyes* o *normas de derecho escrito*; a los que derivan de la costumbre se les denomina de *derecho consuetudinario* o *no escrito*;[3] a los que provienen de la actividad de determinados tribunales —como la Corte Suprema entre nosotros— se les llama, por último, de *derecho jurisprudencial*.

39. CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU AMBITO ESPACIAL DE VALIDEZ.—El ámbito de validez de las normas del derecho debe ser considerado, según Kelsen, desde cuatro puntos de vista: el *espacial*, el *temporal*, el *material* y el *personal*. El ámbito *espacial* de validez es la porción del espacio en que un precepto es aplicable; el *temporal* está constituido por el lapso durante el cual conserva su vigencia; el *material*, por la materia que regula, y el *personal*, por los sujetos a quienes obliga.[4]

Si nos colocamos en el primero de los cuatro ángulos visuales a que alude Kelsen, descubriremos que los preceptos del derecho pueden ser *generales* o *locales*. Pertenecen al primer grupo los vigentes en todo el territorio del Estado; al segundo, los que sólo tienen aplicación en una parte del mismo. El Código Federal de Procedimientos Civiles, por ejemplo, está integrado por normas generales; el Civil del Distrito Federal, en cambio, tiene carácter local, como su nombre lo indica. Si aplicamos el citado criterio al derecho mexicano, descubriremos que en nuestro país existen, desde ese punto de vista, tres categorías de leyes, a saber: *federales*, *locales* y *municipales*. Esta clasificación se basa en los preceptos de la Constitución relativos a la soberanía nacional y la forma de gobierno.[5] Las federales son aplicables en toda la República; las locales, en las partes integrantes de la Federación y del territorio nacional;[6] las municipales, en la circunscripción territorial del municipio libre.

[3] Esta designación aplicábase entre los griegos al derecho natural.

[4] HANS KELSEN, *El Contrato y el Tratado*, México, 1943, pág. 53.

[5] A la soberanía nacional y a la forma de gobierno se refieren los artículos 39 a 41 de la Constitución Federal. El artículo 42 dice que el territorio nacional comprende: "I. El de las partes integrantes de la Federación; II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes; III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el Océano Pacífico; IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes; V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional, y las marítimas interiores, y VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional".

[6] Artículo 43. "Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit,

40. CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU AMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ.—Las normas jurídicas pueden ser de *vigencia determinada* o *indeterminada*. Podemos definir las primeras como aquellas cuyo ámbito temporal de validez formal se encuentra establecido de antemano; las segundas, como aquellas cuyo lapso de vigencia no se ha fijado desde un principio. Puede darse el caso de que una ley indique, desde el momento de su publicación, la duración de su obligatoriedad. En esta hipótesis, pertenece a la primera de las dos categorías. En la hipótesis contraria pertenece a la segunda, y sólo pierde su vigencia cuando es abrogada, expresa o tácitamente.

41. CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU AMBITO MATERIAL DE VALIDEZ.—Los preceptos del derecho pueden también ser clasificados de acuerdo con la índole de la materia que regulan. Esta clasificación tiene su fundamento en la división del derecho objetivo en una serie de ramas.[7] Desde este punto de vista, los preceptos jurídicos agrúpanse en reglas *de derecho público* y *de derecho privado*. Las primeras divídense, a su vez, en *constitucionales, administrativas, penales, procesales* e *internacionales*; las segundas, en *civiles* y *mercantiles*. Las que pertenecen a las llamadas disciplinas de creación reciente (derecho del trabajo, derecho agrario) no siempre son clasificadas del mismo modo. En nuestro país tienen el carácter de preceptos de derecho público. La determinación de la índole, privada o pública, de un precepto, así como la inclusión del mismo en alguna de las ramas que hemos mencionado, no sólo posee interés teórico, sino enorme importancia práctica. Para demostrarlo, citaremos por vía de ejemplo algunas disposiciones del derecho patrio. El artículo 6 del Código Civil del Distrito Federal dice que "la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los *derechos privados* que no afecten directamente el *interés público*, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros". El artículo 8º del propio ordenamiento dispone: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de *interés público* serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario." Otro ejemplo: el artículo 14 constitucional, en sus dos últimos párrafos, establece que "en los juicios del *orden criminal* queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría

Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y Distrito Federal".

Artículo 115 constitucional. "Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el Municipio Libre..."

[7] Ver capítulo X.

de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate. En los juicios del *orden civil,* la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho." La aplicación de tales disposiciones supone el conocimiento previo de la índole (civil, penal, etc.), de los diversos preceptos.

42. CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU AMBITO PERSONAL DE VALIDEZ.—Desde el punto de vista de su ámbito personal de validez, las normas del derecho divídense en *genéricas* e *individualizadas.* Llámanse *genéricas* las que obligan o facultan a todos los comprendidos dentro de la clase designada por el concepto-sujeto de la disposición normativa; reciben el nombre de *individualizadas* las que obligan o facultan a uno o varios miembros de la misma clase, individualmente determinados.[8]

De acuerdo con el artículo 1860 del Código Civil del Distrito Federal, si un establecimiento ofrece al público objetos en determinado precio, el dueño del establecimiento debe sostener el precio. Esta norma, como todas las jurídicas, consta de dos partes: supuesto y disposición. El supuesto del artículo 1860 del Código Civil del Distrito Federal está constituido por la hipótesis de que un establecimiento comercial ofrezca al público objetos en determinado precio; la disposición estatuye que, en tal hipótesis, el dueño está obligado a sostener su oferta. Ahora bien: como el concepto-sujeto de la disposición normativa es "dueño del establecimiento", la norma es aplicable a todos los miembros de la clase designada por aquel concepto. Expresado en otro giro: *todos* los dueños de establecimientos comerciales tienen el deber de sostener el precio de sus artículos, si los han ofrecido al público en una determinada cantidad.

A diferencia de las genéricas, las individualizadas únicamente obligan o facultan a uno o varios miembros, individualmente determinados, de la clase designada por el concepto-sujeto de la norma genérica que les sirve de base. Por ejemplo: la sentencia que condena a Juan Pérez a veinte años de cárcel, por la comisión de un homicidio, es una norma

[8] Lo que de acuerdo con los cultivadores de la lógica matemática condiciona la pertenencia de un objeto a una clase, es la *posesión de un atributo común.* La clase de los objetos blancos, verbigracia, es la formada por todas las cosas que tienen el atributo de la blancura. El hecho de ser blancas es lo que determina, en el caso del ejemplo, su pertenencia a dicha clase. Sobre el concepto de clase: H. REICHENBACH, *Elements of Symbolic Logic.* The Macmillan Co., N. York, 1948, V, 35, págs. 192 y sigs.: A. TARSKI, *Introducción a la Lógica,* Espasa-Calpe, Argentina, 1951, IV, págs. 85 y sigs., y GARCÍA BACCA, *Introducción a la Lógica Moderna,* III, I, págs. 141-163.

individualizada, ya que solamente es aplicable al acusado; pero el fundamento del fallo reside en una norma genérica, según la cual, quienes den muerte a un semejante en tales o cuales circunstancias, deberán sufrir tal o cual pena. Mientras la disposición genérica se refiere a todos los comprendidos dentro de la clase designada por el concepto jurídico "homicida", la sentencia judicial sólo se aplica a un miembro, individualmente determinado, de la misma clase.

Las normas individualizadas divídense en privadas y públicas. Las primeras derivan de la voluntad de los particulares, en cuanto éstos aplican ciertas normas genéricas; las segundas, de la actividad de las autoridades. Tienen carácter privado los contratos y los testamentos; público, las resoluciones judiciales y administrativas (sentencias, concesiones, etcétera). Los tratados internacionales deben considerarse también como normas individualizadas de índole pública.

43. CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU JERARQUIA.—Los preceptos que pertenecen a un sistema jurídico pueden ser del mismo o de diverso rango. En la primera hipótesis hay entre ellos una relación de *coordinación;* en la segunda, un nexo de *supra* o *subordinación.* La existencia de relaciones de este último tipo permite la ordenación escalonada de aquellos preceptos y revela, al propio tiempo, el fundamento de su validez.

El problema del orden jerárquico normativo fue planteado por vez primera en la Edad Media, siendo poco más tarde relegado al olvido. En los tiempos modernos, Bierling resucitó la vieja cuestión. El mencionado jurista analiza la posibilidad de establecer una jerarquización de los preceptos del derecho, y considera ya, como partes constitutivas del orden jurídico, no solamente la totalidad de las normas en vigor, sino la *individualización* de éstas en actos como los testamentos, las resoluciones administrativas, los contratos y las sentencias judiciales.

El desenvolvimiento de las ideas de Bierling y la creación de una teoría jerárquica de las normas débense al profesor vienés Adolph Merkl. Hans Kelsen ha incorporado a su sistema la teoría de su colega, y el profesor Verdross, otro de los representantes de la misma escuela, ha llevado a cabo interesantes trabajos sobre el propio tema.[9]

Es un error muy difundido entre legos y doctos —dice Merkl— el que consiste en creer que el orden jurídico se agota o resume en un conjunto más o menos numeroso de preceptos de general observancia. Al lado de

---

[9] A. MERKL. *Die Lehre von der Rechtskraft.* KELSEN, *Teoría General del Estado.* A. VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes y Gesellschaft und Recht (Estudios sobre teoría pura del derecho,* obra dedicada a Hans Kelsen, Viena, 1931).

las leyes, dicho mejor, subordinados a ellas y por ellas condicionados, aparecen los actos jurídicos en su infinita variedad y multiplicidad. Tales actos son en todo caso individualización de preceptos generales, como dice Bierling. Merkl da a dichos actos la designación de *normas especiales* o *individualizadas,* para distinguirlos de las *generales* o *abstractas.* Unas y otras forman el orden jurídico total.

El precepto jurídico que establece: "en tales circunstancias, el arrendatario de una finca urbana está obligado a ejecutar X obras o a indemnizar al dueño por los deterioros que sufra el inmueble" es norma general. Es también una regla abstracta, que cabe aplicar a un número ilimitado de situaciones concretas. En cambio, la sentencia que resuelve: "el inquilino Fulano está obligado a ejecutar, en un plazo de un mes, X obras en la casa Y, o a pagar al propietario Mengano tantos pesos, a título de indemnización por tales o cuales deterioros que la finca presenta", es norma individualizada. La sentencia de nuestro ejemplo no se refiere ya a un contrato de arrendamiento *in abstracto,* sino a un negocio jurídico concreto, del cual derivan ciertas consecuencias.

El proceso merced al cual una situación jurídica abstracta transfórmase en concreta y una norma general se individualiza, denomínase *aplicación.* Si examinamos el derecho a la luz de su aplicación descubriremos —dice A. Merkl— el criterio que permite establecer una ordenación jerárquica entre las diversas normas de aquél, y entre éstas y los actos jurídicos.

El proceso de aplicación es una larga serie de situaciones que se escalonan en orden de generalidad decreciente. Toda situación jurídica hállase condicionada por una norma abstracta. Las de general observancia, que en relación con los actos jurídicos son condicionantes, encuéntranse, a su vez, condicionadas por otros preceptos de mayor rango. Una norma es condicionante de otra, cuando la existencia de ésta depende de la de aquélla. Los actos jurídicos son condicionados por las normas del derecho, porque tanto la formación cuanto la validez y consecuencias de los mismos derivan de dichas normas, y en ellas encuentran su fundamento. La existencia de un contrato está condicionada por ciertas disposiciones de carácter general que establecen las formas de contratación, las reglas de capacidad, los requisitos de validez y las consecuencias jurídicas de los diversos negocios. Un negocio jurídico concreto, que en relación con tales normas se halla en un plano de subordinación, constituye, relativamente a las partes, y por lo que toca a las consecuencias de derecho, una norma o conjunto de normas determinantes. En este sentido se dice que los contratos son ley para quienes los celebran *(lex inter partes).* Dicha ley (norma individualizada, se-

gún la terminología de los juristas vieneses) es condicionante de las consecuencias del negocio, las cuales, a su vez, se hallan condicionadas por ella.

Toda norma constituye, relativamente a la condicionante de que deriva, un acto de aplicación. El orden jurídico es una larga jerarquía de preceptos, cada uno de los cuales desempeña un papel doble: en relación con los que le están subordinados, tiene carácter normativo; en relación con los supraordinados, es acto de aplicación. Todas las normas (generales o individualizadas, abstractas o concretas), poseen dos caras, como la testa de Jano. Si se las examina *desde arriba*, aparecen ante nosotros como actos de aplicación; si *desde abajo*, como normas.

Pero ni todas las normas ni todos los actos ofrecen tal duplicidad de aspecto. El ordenamiento jurídico no es una sucesión interminable de preceptos determinantes y actos determinados, algo así como una cadena compuesta por un número infinito de eslabones, sino que tiene un límite superior y otro inferior. El primero denomínase norma fundamental; el segundo está integrado por los actos finales de ejecución, no susceptibles ya de provocar ulteriores consecuencias.

La norma suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría. Por su parte, los actos postreros de aplicación carecen de significación normativa, ya que representan la definitiva realización de un deber jurídico (un ser, por consiguiente).

El orden jerárquico normativo de cada sistema de derecho se compone de los siguientes grados:

1. Normas constitucionales.
2. Normas ordinarias.
3. Normas reglamentarias.
4. Normas individualizadas.

Tanto los preceptos constitucionales como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas, en cambio, refiérense a situaciones jurídicas concretas.

Las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales. De manera análoga, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias, y las individualizadas por normas de índole general. Algunas veces, sin embargo, una norma individualizada puede encontrarse condicionada por otra del mismo tipo, como ocurre, por ejemplo, cuando una sentencia se funda en un contrato.

Ciertos autores dividen las leyes ordinarias en dos grupos, a saber: de *organización* y de *comportamiento*.[10] A las primeras suele llamárseles *orgánicas*. Su fin primordial consiste, como el nombre lo indica, en la organización de los poderes públicos, de acuerdo con las normas constitucionales. Las segundas tienen como finalidad esencial regular la conducta de los particulares. Esta distinción no debe ser tomada demasiado al pie de la letra, porque hay ciertos cuerpos de leyes que encierran, al lado de una serie de normas de organización, numerosas reglas dirigidas exclusivamente a los particulares. A los ordenamientos de este género podríamos llamarlos *mixtos*. La Ley del Trabajo, verbigracia, es una ley mixta, ya que no solamente rige las relaciones entre obreros y patrones, sino la organización y funcionamiento de las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Las ordinarias son a las constitucionales lo que las reglamentarias a las ordinarias. En rigor, toda norma subordinada a otra aplica o reglamenta a ésta en algún sentido. Ejemplifiquemos: la Ley del Petróleo encuéntrase subordinada al artículo 27 de la Constitución Federal y es, al propio tiempo, reglamentación del mismo, así como el Reglamento de la Ley del Petróleo deriva de aquella ley.

44. EL ORDEN JERARQUICO NORMATIVO EN EL DERECHO MEXICANO.— El problema de la ordenación jerárquica de los preceptos que pertenecen a un mismo sistema se complica extraordinariamente cuando el sistema corresponde a un Estado de tipo federal. Tomando en cuenta esta circunstancia, haremos especial referencia al orden jurídico de nuestro país.

El artículo 40 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos establece que: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental." Y el artículo siguiente dispone: "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, *las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal*."

El principio que determina las atribuciones que respectivamente corresponden a los Poderes de la Unión y de los Estados, es el que consagra el artículo 124 de la propia Constitución: "Las facultades que no están

[10] MARIO ALLARA. *Le nozioni fondamentali del diritto privato*, I, pág. 2. Torino, 1938.

expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados."

Según el artículo 49 constitucional reformado, "el Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

"No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29.[11] En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar".

El Capítulo II del Título Tercero de la Constitución Federal refiérese a la organización y funcionamiento del Poder Legislativo; el Capítulo III versa sobre el Poder Ejecutivo, y el IV reglamenta las atribuciones del Poder Judicial de la Federación

El precepto fundamental del orden jerárquico normativo del derecho mexicano lo formula el artículo 133: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, *a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados*" (Principio de la supremacía de la Constitución).

El precepto revela que los dos grados superiores de la jerarquía normativa están integrados, en nuestro derecho:

1. Por la Constitución Federal.
2. Por las leyes federales y los tratados internacionales.

Las leyes federales y los tratados internacionales tienen, pues, de acuerdo con la disposición anteriormente transcrita, exactamente el mismo rango.

Por lo que toca a los siguientes grados es indispensable separar, tomando en cuenta las disposiciones de los artículos 42, 43, 44 y 48 cons-

[11] Artículo 29 constitucional. "En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquiera otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República Mexicana, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país, o en lugar determinado, las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que la acuerde".

titucionales, las normas cuyo ámbito espacial de vigencia está constituido por el territorio de los Estados de la Federación y el de las islas sobre las que hasta la fecha hayan ejercido jurisdicción los Estados, de aquellas otras que se aplican en las demás partes integrantes del territorio nacional [12].

Vienen en seguida las locales ordinarias (orgánicas, de comportamiento o mixtas). El quinto peldaño de la escala jerárquica corresponde a las normas reglamentarias; el sexto a las municipales y el último a las individualizadas (contratos, resoluciones judiciales y administrativas, testamentos).

Relativamente a las otras partes de la Federación, la jerarquía es más sencilla. Después de la Constitución Federal, leyes federales y tratados, aparecen las normas locales (leyes, reglamentos, decretos); [13] luego las disposiciones reglamentarias y, en último término, las normas individualizadas.

Para mayor claridad ofrecemos el siguiente cuadro:

DERECHO FEDERAL	
1. Constitución Federal.	2. Leyes Federales y Tratados.
DERECHO LOCAL	
1. Leyes ordinarias. 2. Leyes reglamentarias. 3. Normas individualizadas.	Constituciones locales. Leyes ordinarias. Leyes reglamentarias. Leyes municipales. Normas individualizadas.
AMBITO ESPACIAL DE VIGENCIA: Distrito Federal y zonas a que se refiere el art. 48 constitucional.	AMBITO ESPACIAL DE VIGENCIA: Estados Federados y zonas dependientes de los Gobiernos de dichos Estados, según el art. 48 constitucional.

[12] Artículo 48: Las islas, los cayos y arrecifes de los mares adyacentes que pertenezcan al territorio nacional, la plataforma continental, los zócalos submarinos de las islas, de los cayos y arrecifes, los mares territoriales, las aguas marítimas interiores y el espacio situado sobre el territorio nacional, dependerán directamente del Gobierno de la Federación, con excepción de aquellas islas sobre las que hasta la fecha hayan ejercido jurisdicción los Estados".

[13] Refiriéndose al artículo 70 de la Constitución Federal, el profesor Fraga escribe lo siguiente: "En la discusión habida en el Constituyente con motivo de ese precepto, el Diputado Moreno expresó la conveniencia de que las resoluciones del Congreso tengan el carácter de ley o decreto, estableciendo la distinción de que mientras la ley se refiere a un objeto general, el decreto sólo comprende un objeto particular. Sin embargo, en esa ocasión se adoptó el criterio de la Comisión, según el cual toda resolución legislativa del Congreso no puede tener más carácter que el de ley (Zarco, Sesión del 15 de octubre de 1856. Tomo II, pág. 499).

"Posteriormente, en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 1874, el artículo 64 de la Constitución de 1857, que corresponde al 70 de la de 1917, se modificó aceptando que las

45. CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SUS SANCIONES.—Inspirándose en doctrinas romanas, el jurista ruso N. Korkounov [14] divide los preceptos del derecho en cuatro grupos, desde el punto de vista de sus sanciones:

1. *Leges perfectae.*
2. *Leges plus quam perfectae.*
3. *Leges minus quam perfectae.*
4. *Leges imperfectae.*

Se da el nombre de *leyes perfectas* a aquellas cuya sanción consiste en la inexistencia o nulidad de los actos que las vulneran. Dícese que tal sanción es la más eficaz, porque el infractor no logra el fin que se propuso al violar la norma. Algunas veces el acto violatorio es considerado por la ley como inexistente para el derecho, lo que equivale a privarlo de consecuencias jurídicas; otras, puede engendrar ciertos efectos, pero existe la posibilidad de nulificarlos. Los autores de derecho civil suelen distinguir tres *grados de invalidez: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.*[15]

La sanción de las normas jurídicas no siempre tiende al restablecimiento de las cosas al estado que guardaban antes del entuerto. Éste

resoluciones del Congreso tienen el carácter de leyes o decretos, como lo había propuesto desde el principio el Diputado Moreno. La Constitución no desconoce, pues, que entre las actividades del Poder Legislativo puede establecerse una diferencia en razón de la diversa naturaleza de las resoluciones en las que se concreta aquella actividad y, a pesar de ello, a todas las sujeta al mismo régimen, como veremos en seguida, únicamente por ser actos que emanan del mismo Poder. Debemos aclarar que la distinción a que nos venimos refiriendo se ha echado al olvido en la práctica, en donde propiamente no se sigue ningún criterio para distinguir una ley de un decreto." *Derecho Administrativo,* pág. 28 (primera edición).

[14] *Cours de théorie générale du droit,* trad. TCHERNOFF, 2ª edición, Paris, 1914, pág. 206.

[15] Acto inexistente es el "que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia" (Aubry et Rau, t. I, párrafo 7, págs. 118 y 119; Planiol, t. I, Nº 345). O, en otros términos: "El acto inexistente es aquel que no ha podido formarse en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia. Falta al acto alguna cosa de fundamental, alguna cosa que es, si se puede hablar así, de definición. Semejante acto carece de existencia a los ojos de la ley; es una apariencia sin realidad, la nada. La ley no se ocupa de él. No había, en efecto, por qué organizar la teoría de la nada" (BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis,* t. I, Nº 102-112)... "A diferencia del acto inexistente, el acto nulo reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero se encuentra privado de efectos por la ley... La nulidad absoluta es la que ataca a los actos que se ejecutan materialmente en contravención a un mandato o a una prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, es decir de orden público" (Aubry et Rau, t. I, párrafo 27, pág. 118; Colin et Capitant, t. I, núms. 64 y 66; Planiol, t. II, Nº 336). Tales son los contratos que tienen por objeto un acto ilícito. La nulidad relativa es una medida de protección que la ley establece a favor de personas determinadas, por ejemplo, los incapaces (BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis,* t. I, núms. 102-17; Planiol, t. I, Nº 341; Colin et Capitant, t. I, Nº 64 et 67)." MANUEL BORJA SORIANO, *Teoría General de las Obligaciones,* Ed. Porrúa, México, 1939, t. I, págs. 132 y 133. (Consultar, en la misma obra, las páginas relativas

consúmase a veces de modo irreparable, como ocurre, verbigracia, tratándose de los delitos de ultraje a la bandera nacional o de homicidio. En tal hipótesis, la norma sancionadora impone al infractor un castigo y exige, además, una reparación pecuniaria. Los preceptos sancionados en esta forma recibían de los romanos la denominación de *leges plus quam perfectae.*

Un tercer grupo de normas está integrado por aquellas cuya violación no impide que el acto violatorio produzca efectos jurídicos, pero hace al sujeto acreedor a un castigo. A los preceptos de esta índole llámaseles *leges minus quam perfectae.*

Pongamos un ejemplo: el artículo 159 del Código Civil del Distrito Federal dice que "el tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela". La violación de este precepto no es causa de nulidad del matrimonio, según se infiere de la disposición contenida en el artículo 160 del mismo Código: "Si el matrimonio se celebrare en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior, el juez nombrará inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y que los administre mientras se obtiene la dispensa." Con el precepto transcrito relaciónase el 264 del propio ordenamiento. Este último dice que "es ilícito, pero no nulo, el matrimonio: I. Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea suceptible de dispensa;[16] II. Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289".[17]

El artículo 265 establece que "los que infrinjan el artículo anterior, así como los que siendo mayores de edad contraigan matrimonio con un menor sin autorización de los padres de éste, del tutor o del juez, en sus respectivos casos, y los que autoricen esos matrimonios, *incurrirán en las penas que señala el Código de la materia*".

El último grupo de la clasificación está integrado por las *leyes imperfectas*, es decir, las que no se encuentran provistas de sanción. Las no

---

a nuestros códigos civiles de 1884 y 1928, págs. 153 a 155, así como el resumen de las ideas de Japiot, Piedelièvre y Bonnecase sobre aquellos conceptos; págs. 138 a 153). Ver además, los siguientes artículos del Código Civil del Distrito Federal: 8, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2239, 2240 y 2241.

[16] Ver artículo 156 del Código Civil del Distrito Federal.

[17] Artículo 158. "La mujer no puede contraer matrimonio, sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación."

sancionadas jurídicamente son muy numerosas en el derecho público y, sobre todo, en el internacional. Las que fijan los deberes de las autoridades supremas carecen a menudo de sanción, y lo propio ocurre con casi todos los preceptos reguladores de relaciones jurídicas entre Estados soberanos. Por otra parte, hay que tener en cuenta que sería imposible sancionar todas las normas jurídicas, como lo ha observado agudamente Petrasizky.[18] En efecto: cada norma sancionadora tendría que hallarse garantizada por una nueva norma, y ésta por otra, y así sucesivamente. Pero como el número de los preceptos que pertenecen a un sistema de derecho es siempre limitado, hay que admitir, *a fortiori*, la existencia de normas jurídicas desprovistas de sanción.

46. CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU CUALIDAD.—Desde este punto de vista se dividen en *positivas* (o permisivas) y *negativas* (o prohibitivas). Son *positivas* las que *permiten* cierta conducta (acción u omisión); *negativas*, las que *prohiben* determinado comportamiento (acción u omisión). Lo que determina la cualidad de las normas jurídicas no es, como lo afirman algunos autores, el hecho de que unas, a las que llaman *preceptivas*, prescriban una acción, y otras, a las que llaman *negativas*, impongan una omisión.[19] Las que ordenan la omisión de una conducta prohibida, por ejemplo, no son negativas, porque la omisión de tal conducta es, a un tiempo, obligatoria y lícita. La cualidad, positiva o negativa, de las normas jurídicas no depende, pues, de que prescriban acciones o impongan omisiones, sino de que *permitan* o *prohiban*, ya una acción, ya una omisión. Esto equivale a sostener que las positivas *atribuyen* a un sujeto la facultad de hacer o de omitir algo, en tanto que las prohibitivas *le niegan* tal facultad. Objeto de las primeras es en todo caso una conducta jurídicamente lícita (acción u omisión); objeto de las segundas es, en cambio, un proceder jurídicamente ilícito (acción u omisión). Las prescriptivas son positivas, pues es evidente que permiten lo mismo que mandan, según lo expresa el siguiente principio de la ontología formal del derecho: "todo lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido".[20] Y como los procederes

[18] El argumento de PETRASIZKY es citado por GURVITCH en su libro *L'Idée du Droit Social*. París, 1932, pág. 109.

[19] "El imperativo puede asumir una forma positiva o negativa: de aquí la distinción de las normas jurídicas en *preceptivas* y *prohibitivas*. Son preceptivas las normas que imponen el cumplimiento de actos determinados; y son prohibitivas, las que imponen ciertas omisiones." DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, trad. RECASÉNS SICHES, 2ª ed., vol. I, pág. 433.

[20] Cfr. E. GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951, II, cap. VI, 8, págs. 190-197, y *Los principios de la Ontología Formal del Derecho y su expresión simbólica*, Colección Cultura Mexicana, Imprenta Universitaria, México, 1953, IV, págs. 31-36.

jurídicamente obligatorios pertenecen a la clase de los jurídicamente permitidos, es obvio que las normas que los prescriben son *implícitamente* permisivas.

47. CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SUS RELACIONES DE COMPLEMENTACION.—Hay normas jurídicas que tienen por sí mismas sentido pleno, en tanto que otras sólo poseen significación cuando se les relaciona con preceptos del primer tipo. Cuando una regla de derecho complementa a otra, recibe el calificativo de *secundaria*. Las complementadas, por su parte, llámanse *primarias*. Las secundarias no encierran una significación independiente, y sólo podemos entenderlas en relación con otros preceptos.

Son secundarias:

a) las *de iniciación, duración y extinción de la vigencia;*
b) las *declarativas o explicativas;*
c) las *permisivas;*
d) las *interpretativas;*
e) las *sancionadoras.*

Llamamos de *iniciación de la vigencia* a las que indican en qué fecha entrará en vigor una disposición legal determinada. Los preceptos a que aludimos son secundarios, porque se hallan referidos a otro u otros que, por tanto, tienen el carácter de reglas primarias. Las normas sobre iniciación de la vigencia suelen encontrarse contenidas en los llamados "artículos transitorios".

Son secundarias también las que fijan el tiempo en que una ley estará en vigor, así como las que extinguen la fuerza obligatoria de otra norma.

Las de *extinción de la vigencia* pueden abolir todo un conjunto de leyes, caso en el cual se llaman *abrogatorias*, o solamente algunas de las disposiciones de un ordenamiento legal, y entonces reciben la denominación de preceptos *derogatorios*. Tanto la abrogación como la derogación pueden ser tácitas o expresas.[21]

Las normas de que acabamos de tratar son especies de un mismo género, al que correspondería el nombre de *normas de vigencia.*

Tienen igualmente carácter secundario las que explican o definen los términos empleados en otros preceptos. En los códigos es frecuente el uso de vocablos que poseen diversas significaciones, además de la propiamente jurídica. La acepción en que el legislador toma los tecnicismos de

21. Ver sección 22.

que se vale suele explicarse en nuevas normas, las llamadas de *definición*, o *declarativas*.

Citaremos, como ejemplo, los artículos 303 y 308 del Código Civil del Distrito Federal. El primero dice que "los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado". Esta disposición tiene carácter primario en relación con el segundo artículo, porque el 308 establece qué debe entenderse por *alimentos*. "Los alimentos comprenden —según dicho precepto— la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales." Como se ve, el concepto legal es en este caso mucho más amplio que el vulgar. Las normas de definición pueden también referirse a términos exclusivamente técnicos. Citaremos como ejemplo el artículo 2893 del propio Código, definidor de la hipoteca.

Las permisivas tienen carácter secundario cuando establecen excepciones en relación con otras normas. Del Vecchio cita como ejemplo [22] la disposición según la cual el mandatario puede renunciar al mandato, facultad que implica una excepción al principio de que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos, sin que la rescisión de los mismos pueda quedar al arbitrio de una de las partes. Otro caso está constituido por las normas en que se exime a determinadas empresas o explotaciones del pago de impuestos, atendiendo a consideraciones económicas o de cualquiera otra índole. En el Estado de Chihuahua, verbigracia, los terrenos madereros no reportan esa carga.[23]

Pertenecen también a la categoría de las secundarias las de interpretación, o *interpretativas*. La interpretación de un precepto legal puede ser hecha por el legislador mismo, en una nueva ley (interpretación auténtica o legislativa). Las de interpretación refiérense, por su misma esencia, a otros preceptos cuyo sentido y alcance determinan. Éstos son, por consiguiente, frente a aquéllas, normas primarias.

El grupo más numeroso e importante de las secundarias está constituido por las *sancionadoras*. El supuesto jurídico de éstas es la inobservancia de los deberes impuestos por la disposición sancionada. Kelsen expresa la relación entre las dos normas —sancionada y sancionadora—

---

[22] *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., I, pág. 436.

[23] Artículo 216, fracción XVI del Código Fiscal del Estado de Chihuahua.

por medio de la fórmula: Si *A* es, debe ser *B*; si *B* no es, debe ser *C*. La primera parte del enunciado corresponde a la norma sancionada, la segunda a la sancionadora. Las consecuencias jurídicas que la última establece (deber de ciertos órganos del Estado de imponer al violador tal o cual castigo) no pueden actualizarse sino en el caso de que la otra regla sea infringida.

Las sancionadoras no siempre se refieren a normas contenidas en los textos legales. Kelsen subraya el hecho de que los preceptos del Código Penal castigan casi siempre la violación de deberes no formulados en aquellos textos. En dicho Código no encontramos normas que digan: se prohibe matar, robar, defraudar, falsificar, sino reglas que establecen simplemente las penas en que incurren los que cometen homicidios, robos, fraudes, falsificaciones, etc. Esto no significa que las mencionadas reglas no tengan carácter secundario; quiere decir tan sólo que las primarias por ellas sancionadas deben sobrentenderse.

48. CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU RELACION CON LA VOLUNTAD DE LOS PARTICULARES. NORMAS TAXATIVAS Y NORMAS DISPOSITIVAS.—Son *taxativas* aquellas que obligan en todo caso a los particulares, independientemente de su voluntad. Llámanse *dispositivas* las que pueden dejar de aplicarse, por voluntad expresa de las partes, a una situación jurídica concreta. Del Vecchio ofrece las definiciones siguientes: "Las normas taxativas (llamadas también *normae congenti o ius cogens*) son —a tenor de la doctrina corriente— aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta, ni relativamente, en vista al fin determinado que las partes se propongan alcanzar; porque la obtención de este fin está cabalmente disciplinada por la norma misma. Se suele citar, a este propósito, la máxima: '*ius publicum privatorum pactis mutari nequit*'. En cambio, las *dispositivas* (*ius dispositivum*) son aquellas que sólo valen cuando no existe una voluntad diversa de las partes, manifestada legalmente." [24]

Según el autor citado, las dispositivas divídense en *interpretativas* y *supletivas*. Las primeras, como su nombre lo indica, sirven para interpretar la voluntad de las personas que han intervenido en un negocio jurídico; las supletivas se aplican en ausencia de una regulación especial establecida por los contratantes.

Los actos violatorios de las taxativas no producen efecto jurídico alguno. Esta regla ha sido consagrada en el artículo 8º del Código Civil:

[24] *Filosofía del Derecho*. 2ª ed. española, pág. 437.

"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."

El citado artículo relaciónase con el 6º del mismo Código, cuyo texto es como sigue: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero."

Como ejemplo de una norma dispositiva de interpretación podemos citar el artículo 1958 del propio ordenamiento. Según dicho artículo "el plazo se presume establecido en favor del deudor, a menos que resulte, de la estipulación o de las circunstancias, que ha sido establecido en favor del acreedor o de las dos partes".

El texto revela el carácter dispositivo de la regla, ya que los contratantes pueden establecer una norma diversa de la que el precepto formula.

Son supletivas las siguientes del Código Civil del Distrito Federal:

"Artículo 2080. Si no se ha fijado el tiempo en que debe hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación."

"Artículo 2084. Si el pago consistiere en una suma de dinero como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, deberá ser hecho en el lugar en que se entregó la cosa, salvo que se designe otro lugar."

"Artículo 2086. Los gastos de entrega serán de cuenta del deudor, si no se hubiere estipulado otra cosa."

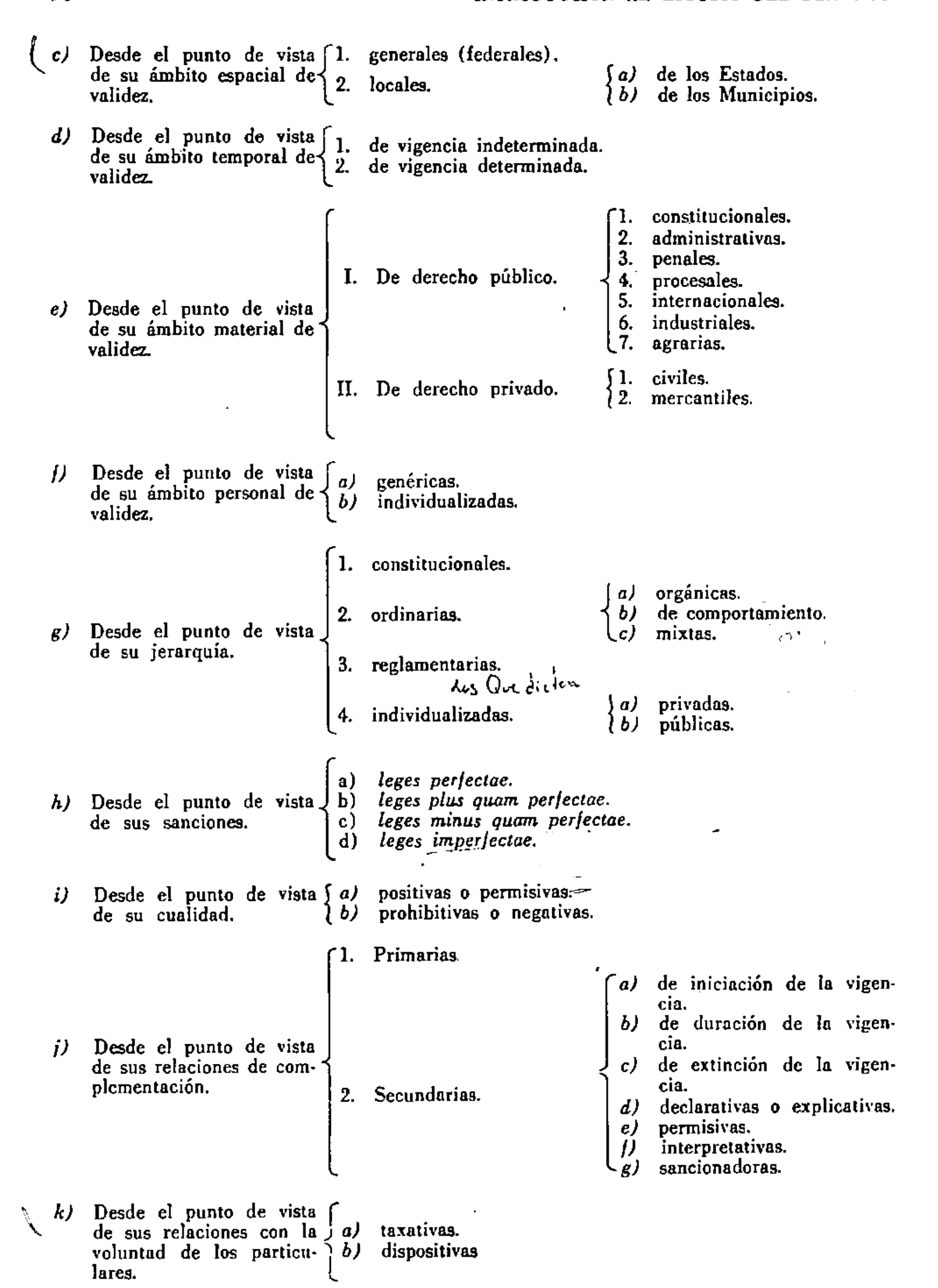
En los casos a que se refieren los artículos preinsertos, las reglas que encierran sólo se aplican si las partes no han establecido algo diverso.

CUADRO SINÓPTICO

Clasificación de las normas jurídicas:

a) Desde el punto de vista del sistema a que pertenecen.
1. nacionales.
2. extranjeras.
3. de derecho uniforme.

b) Desde el punto de vista de su fuente.
1. legislativas.
2. consuetudinarias.
3. jurisprudenciales.



- *c)* Desde el punto de vista de su ámbito espacial de validez.
  1. generales (federales).
  2. locales.
     - *a)* de los Estados.
     - *b)* de los Municipios.

- *d)* Desde el punto de vista de su ámbito temporal de validez.
  1. de vigencia indeterminada.
  2. de vigencia determinada.

- *e)* Desde el punto de vista de su ámbito material de validez.
  - I. De derecho público.
    1. constitucionales.
    2. administrativas.
    3. penales.
    4. procesales.
    5. internacionales.
    6. industriales.
    7. agrarias.
  - II. De derecho privado.
    1. civiles.
    2. mercantiles.

- *f)* Desde el punto de vista de su ámbito personal de validez.
  - *a)* genéricas.
  - *b)* individualizadas.

- *g)* Desde el punto de vista de su jerarquía.
  1. constitucionales.
  2. ordinarias.
     - *a)* orgánicas.
     - *b)* de comportamiento.
     - *c)* mixtas.
  3. reglamentarias.
  4. individualizadas.
     - *a)* privadas.
     - *b)* públicas.

- *h)* Desde el punto de vista de sus sanciones.
  - a) *leges perfectae.*
  - b) *leges plus quam perfectae.*
  - c) *leges minus quam perfectae.*
  - d) *leges imperfectae.*

- *i)* Desde el punto de vista de su cualidad.
  - *a)* positivas o permisivas.
  - *b)* prohibitivas o negativas.

- *j)* Desde el punto de vista de sus relaciones de complementación.
  1. Primarias.
  2. Secundarias.
     - *a)* de iniciación de la vigencia.
     - *b)* de duración de la vigencia.
     - *c)* de extinción de la vigencia.
     - *d)* declarativas o explicativas.
     - *e)* permisivas.
     - *f)* interpretativas.
     - *g)* sancionadoras.

- *k)* Desde el punto de vista de sus relaciones con la voluntad de los particulares.
  - *a)* taxativas.
  - *b)* dispositivas

CAPITULO VII

DERECHO Y ESTADO

SUMARIO

49. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—Al referirnos, en la sección 22 del capítulo IV, a las diversas acepciones de la palabra *derecho*, definimos el orden jurídico vigente como el *conjunto de reglas imperativo-atributivas que en una época y un lugar determinados el poder público considera obligatorias.* De la anterior definición se infiere que el vigente es el *derecho del Estado*, es decir, el conjunto de normas creadas o reconocidas por la organización política. Para tener una noción cabal acerca del derecho formalmente válido resulta indispensable, en consecuencia, explicar las relaciones que median entre el Estado y el orden jurídico.[1]

En el capítulo consagrado a las fuentes formales vimos cómo los procesos de manifestación de los preceptos del derecho hállanse sujetos a una serie de exigencias de carácter extrínseco, establecidas por otros preceptos del mismo sistema y, en última instancia, por la norma fundamental o constitución. Pero el ordenamiento jurídico, cuyo fundamento último de validez formal reside en aquella norma, tiene su base sociológica en una organización específica, a la que se da el nombre de Estado. El poder político mantiene y garantiza el orden jurídico, que de este modo se transforma en *derecho positivo*. Por ello se ha escrito que el Estado es la fuente formal de validez de todo el derecho, pues sus órganos son quienes lo crean —a través de la función legislativa— o le imprimen tal

---

[1] Los acontecimientos políticos de los últimos años, y muy especialmente, la segunda guerra mundial, han provocado una aguda crisis de todos los conceptos fundamentales de la Teoría General del Estado; pero como la revisión a que tales conceptos han quedado sujetos no ha cristalizado, ni puede cristalizar todavía, en soluciones dotadas de un valor más o menos permanente, hemos creído necesario, dada la índole elemental de esta obra, limitarnos a exponer la doctrina más generalmente aceptada en el período que precedió a la actual etapa.

carácter —por la aplicación de una costumbre a la solución de casos concretos.[2]

50. LOS ELEMENTOS DEL ESTADO.—El Estado suele definirse como *la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio.* Tal definición revela que son tres los elementos de la organización estatal: *la población, el territorio y el poder.* El poder político se manifiesta a través de una serie de normas y de actos normativamente regulados, en tanto que la población y el territorio constituyen los ámbitos personal y espacial de validez del orden jurídico. Se ha dicho que la ordenación jurídica bajo un poder de mando es el elemento *formal,* mientras que la población y el territorio son los elementos *materiales* del Estado.[3] Mas no hay que olvidar que lo mismo la población que el territorio hállanse en todo caso determinados por el ordenamiento jurídico. En las secciones que siguen examinaremos cada uno de esos elementos, principiando por el territorio. Seguiremos en nuestra exposición los lineamientos generales de la doctrina de Jellinek.[4]

51. EL TERRITORIO.—*Suele definirse como la porción del espacio en que el Estado ejercita su poder.* Siendo éste de naturaleza jurídica sólo puede ejercitarse de acuerdo con normas, creadas o reconocidas por el propio Estado. El ámbito espacial de validez de tales normas es precisamente el territorio en sentido político.

La significación del territorio se manifiesta, según Jellinek, en dos formas distintas, una *negativa, positiva* la otra. La significación negativa consiste en que ningún poder extraño puede ejercer su autoridad en este ámbito sin el consentimiento del Estado; la positiva, en que todas las personas que viven en el mismo ámbito se encuentran sujetas al poder estatal.

Como la autoridad política es el poder social supremo, colígese de aquí que *en un territorio sólo puede existir un Estado.* El principio de la "impenetrabilidad" sufre, sin embargo, varias "excepciones aparentes" que Jellinek enumera en el siguiente orden:

1. En virtud de un *condominium,* o como debiera decirse, de un

[2] "El Estado viene realmente a ser la fuente de validez formal del derecho, por cuanto él establece y asegura el derecho legal mediante sus órganos y señala las condiciones para la validez del derecho consuetudinario." HERMAN HELLER, *Teoría del Estado.* Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1942, pág. 211.

[3] ICILIO VANNI. *Filosofía del Derecho.* trad. de RAFAEL URBANO, Madrid, 1941, pág. 150.

[4] GEORGES JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit,* trad. FARDIS, II, cap. XIII.

coimperium, es posible que dos o más Estados ejerzan conjuntamente su soberanía sobre un solo territorio. Esta situación es siempre pasajera y, mientras subsiste, el espacio en cuestión no puede considerarse incorporado al ámbito en que cada uno de lo coimperantes ejerce normalmente su poder. Entre los ejemplos puede citarse el caso de Schleswig-Holstein, entre 1864 y 1868, y el de Bosnia-Herzegovina, durante la época en que estuvo sometida al dominio común de Austria y Hungría.

2. En los Estados federales el territorio desempeña un doble papel desde el punto de vista político, en cuanto el ámbito espacial de vigencia de los ordenamientos jurídicos locales es al propio tiempo una porción del territorio de la Unión. Pero esta circunstancia no destruye el principio de la impenetrabilidad, porque los Estados miembros forman parte del Federal. Además, los ordenamientos jurídicos locales están subordinados, según lo explicamos en la sección 43 de este libro, a la Constitución y a las leyes federales.[5]

3. Es también posible que un Estado, mediante la celebración de un tratado, permita a otro que ejecute en su territorio ciertos actos de imperio. El poder del que concede la autorización queda de este modo restringido, pero como la limitación se basa en un acto consentido libremente, el principio de la impenetrabilidad conserva su vigencia.

4. Por último, y en virtud de ocupación militar, puede ocurrir que un territorio quede total o parcialmente substraído al poder del Estado a que pertenece. En tal hipótesis, el poder del ocupado es substituido por el del ocupante, que se ejerce en forma exclusiva en dicho ámbito.

5. Aun cuando el territorio representa el espacio en que tienen vigencia las normas que el Estado crea o reconoce, hay que advertir que el poder de éste no se ejerce directamente sobre dicho espacio, sino a través de las personas que integran la población estatal. El dominio implica la idea de un poder jurídico sobre una cosa; el imperio es, en cambio, potestad de mando que, como tal, se ejerce siempre sobre personas. Por ello se afirma que la dominación territorial no puede concebirse independientemente de la autoridad sobre los súbditos. Desde el punto de vista del derecho público, el territorio es simplemente la base real del ejercicio del *imperium*.

---

[5] Ver artículo 133 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

Otro de los atributos del territorio es la *indivisibilidad.* Esta nota deriva de la misma índole de la organización política. Si el Estado, en cuanto persona jurídica, es indivisible, sus elementos han de serlo igualmente. La idea de la divisibilidad sólo puede admitirse dentro del marco de una concepción patrimonialista, y supone la confusión de las nociones de *dominium* e *imperium.*

El principio que ahora estudiamos es, a veces, quebrantado. En virtud de un acuerdo internacional, a consecuencia de una guerra o por razones de otra índole (cesión voluntaria, rectificación de fronteras, etc.), es posible que una zona del territorio resulte segregada del resto y pase a formar parte de otro Estado. Cuando hay cesión, ésta tiene por objeto no la tierra muerta, sino el imperio sobre las personas que la habitan. Lo mismo ocurre en el caso de la ocupación. El vínculo entre el Estado y el territorio es esencialmente personal. "La concepción realista se reduce, inclusive entre sus últimos representantes, a la confusión del poder de mando con un derecho de propiedad." [6]

Los atributos de impenetrabilidad e indivisibilidad, que hemos predicado del territorio, no deben entenderse en sentido material, sino puramente normativo. De hecho, el ámbito de ejercicio del *imperium* es penetrable y divisible. Lo que quiere expresarse cuando se habla de aquellas características es que el territorio *no debe ser* penetrado ni dividido.

Conviene advertir que el ámbito en que el Estado ejercita su autoridad no es, como suele creerse, la superficie comprendida dentro de las fronteras. En realidad se trata de un espacio tridimensional o, como dice Kelsen, de cuerpos cónicos cuyos vértices considéranse situados en el centro del globo. Sólo que el ámbito a que aludimos no tiene límites hacia arriba, en cuanto el Derecho Internacional no ha establecido todavía una zona de "aire libre", comparable al llamado espacio de "mar libre".[7]

52. LA POBLACION.—Los hombres que pertenecen a un Estado componen la población de éste. La población desempeña, desde el punto de vista jurídico, un papel doble. Puede, en efecto, ser considerada como *objeto* o como *sujeto* de la actividad estatal. La doctrina que ahora exponemos tiene su antecedente en la distinción, esbozada por Rousseau, entre *súbdito* y *ciudadano.*[8] En cuanto súbditos, los hombres que integran la población hállanse sometidos a la autoridad política y, por tanto, forman el *objeto* del ejercicio del poder; en cuanto ciudadanos, participan en la

---

[6] JELLINEK, obra citada, I, pág. 31.
[7] KELSEN, *Teoría General del Estado,* trad. LEGAZ LACAMBRA. Madrid, 1934, pág. 182.
[8] J. J. ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres,* trad. de A. PUMAREGA. Madrid, Ed. Calpe, 1923, pág. 40.

formación de la voluntad general y son, por ende, *sujetos* de la actividad del Estado. Es, pues, completamente falsa la tesis que concibe a éste dividido en dos personas distintas, no ligadas por vínculo jurídico alguno: el soberano, por una parte, y el pueblo, por la otra.

En cuanto objeto del *imperium*, la población revélase como un conjunto de elementos *subordinados* a la actividad del Estado; en cuanto *sujetos*, los individuos que la forman aparecen como miembros de la comunidad política, en un plano de coordinación.

La calidad de miembros de la comunidad jurídicamente organizada supone necesariamente, en quienes la poseen, el carácter de personas y, por ende, la existencia, en favor de los mismos, de una esfera de derechos subjetivos públicos.

El conjunto de derechos que el individuo puede hacer valer frente al Estado constituye lo que en la terminología jurídica recibe la denominación de *status personal*. Las facultades que lo integran son de tres clases, a saber:

1. Derechos de libertad.
2. Derechos que se traducen en la facultad de pedir la intervención del Estado en favor de intereses individuales.
3. Derechos políticos.

1. La existencia de los derechos de libertad significa que las personas, en cuanto miembros de la comunidad política, se encuentran sujetas a un poder limitado. La subordinación del individuo tiene como límite el conjunto de deberes que el orden jurídico le impone. El radio de actividad que queda a cada sujeto, abstracción hecha de sus obligaciones jurídicas, tanto positivas como negativas, representa su libertad. No se trata, como veremos más tarde, de libertad en sentido natural, de un simple poder, sino de una facultad normativamente reconocida.[9]

2. Un segundo grupo de facultades que pertenecen al *status* está constituido por los derechos cuyo ejercicio tiende a la obtención de servicios positivos por parte del Estado. Entre esas facultades figuran los derechos de acción y petición, lo mismo que la pretensión de que aquél ejerza la actividad administrativa en servicio de intereses individuales. Frente a los derechos de libertad, la posición del Estado, en relación con los individuos, es puramente negativa; tratándose de las facultades del segundo grupo es, en cambio, positiva.

[9] Ver capítulo XVI.

3. No siendo una persona física, el Estado sólo puede actuar por medio de sus órganos. La intervención del individuo en la vida pública supone tanto el ejercicio de derechos como el cumplimiento de obligaciones. Por ello es que entre las facultades que integran el *status* figuran, en tercer término, las que permiten a los particulares el desempeño de funciones orgánicas (votar, ser votado, tomar las armas en defensa de la patria, etc.). Estas facultades, que hacen posible imputar a la persona jurídica estatal actos realizados por personas físicas, reciben el nombre de *derechos políticos.* En el capítulo XVIII de esta obra nos referiremos especialmente a ellos.

La sujeción de los individuos al orden jurídico no se encuentra únicamente vinculada a la calidad de miembros del Estado, ni siquiera a la de personas,[10] sino que existe en relación con todos los hombres que viven en el territorio.

Entre los derechos que forman el *status,* algunos pertenecen exclusivamente a los ciudadanos (derechos políticos); otros corresponden a todos los miembros del Estado, lo mismo que a los extranjeros (derecho de libertad, derecho de petición en asuntos que no tengan carácter político, derecho de acción, etc.).

La pertenencia al Estado hállase condicionada por un vínculo jurídico específico: la *nacionalidad.* Esta última debe ser distinguida de la ciudadanía, que implica la facultad de intervenir, con el carácter de órgano, en la vida pública.[11]

53. EL PODER.—Toda sociedad organizada ha menester de una voluntad que la dirija. Esta voluntad constituye el poder del grupo.

Tal poder es unas veces de tipo *coactivo*; otras, carece de este carácter. El poder *simple,* o no *coactivo,* tiene capacidad para dictar determinadas prescripciones a los miembros del grupo, pero no está en condiciones de asegurar el cumplimiento de aquéllas por sí mismo, es decir, con medios propios. Cuando una organización carece de poder coactivo, los individuos que la forman tienen libertad para abandonarla en cualquier momento. Ello aparece con toda claridad incluso en las organizaciones no estatales más poderosas del mundo, como la Iglesia Católica. Esta última no puede, por sí misma, constreñir a sus fieles o a sus sacerdotes a que permanezcan en su seno, a no ser que el Estado le preste su apoyo.

Si una organización ejerce un *poder simple,* los medios de que dispone

---

[10] "El peregrino, en el derecho romano antiguo, el desprovisto de derechos *(Rechtslose)* del viejo derecho germánico, hallábanse sujetos a una dominación política, sin que su personalidad hubiera sido reconocida." JELLINEK, obra citada, pág. 57.

[11] Ver artículos 34, 35, 36, 37 y 38 de la Constitución Federal.

para sancionar sus mandatos no son de tipo coactivo, sino meramente *disciplinarios*. El poder de dominación es, en cambio, *irresistible*. Los mandatos que expide tienen una pretensión de validez absoluta, y pueden ser impuestos en forma violenta, contra la voluntad del obligado.

Cuando una agrupación no estatal ejerce un poder de dominación, éste tiene su fuente en la voluntad del Estado. Ello equivale a sostener que no se trata de un poder propio, sino derivado. Dicho principio, universalmente admitido en nuestros días, no posee, sin embargo, valor absoluto. En las épocas en que el poder político no se había consolidado, habría sido imposible postularlo. Durante la Edad Media, por ejemplo, hubo agrupaciones no estatales que gozaban, en mayor o menor medida, de un poder de dominación independiente. Éste fue el caso de la Iglesia Católica, que a menudo hizo valer su autoridad aun en contra del Estado. Lo mismo ocurrió con numerosos señores feudales, cuyo poder no era siempre el producto de una delegación de origen estatal.

54. LA SOBERANIA.—Para un gran número de autores, la soberanía es un atributo esencial del poder político. Dicho concepto puede ser caracterizado tanto negativamente como en forma positiva. En su primer aspecto implica la negación de cualquier poder superior al del Estado, es decir, la ausencia de limitaciones impuestas al mismo por un poder extraño. El poder soberano es, por ende, *el más alto* o *supremo*. Es, también, un poder *independiente*. El carácter de independencia revélase, sobre todo, en las relaciones con otras potencias; la nota de supremacía aparece de manera más clara en los vínculos internos del poder con los individuos y colectividades que forman parte del Estado.

Para ciertos juristas, la soberanía tiene un tercer atributo. El poder soberano, declaran, debe ser *ilimitado* o *ilimitable*. En la actualidad esta tesis suele ser unánimemente repudiada. Aun cuando el poder soberano sea el más alto y no dependa de ningún otro, hállase, sin embargo, sometido al derecho y, en tal sentido, posee determinadas restricciones. Si el poder político fuese omnipotente —dice Jellinek— podría suprimir el orden jurídico, introducir la anarquía y, en una palabra, destruirse a sí mismo. El poder estatal encuentra una limitación en la necesidad de ser poder jurídico, es decir, poder cuyo ejercicio se halla normativamente regulado. "El Estado puede, es verdad, elegir su constitución; pero es imprescindible que tenga alguna. La anarquía es una posibilidad de hecho, no de derecho." [12]

La sujeción de la actividad estatal al orden jurídico no implica la

[12] JELLINEK, obra citada, II, pág. 129.

destrucción del concepto de soberanía, porque las limitaciones impuestas por tal orden derivan del mismo Estado y, en este sentido, representan una *autolimitación.* Ahora bien, dicha limitación es una de las manifestaciones de la capacidad que el Estado tiene de determinarse a sí mismo, o *autonomía.* El poder estatal dejaría de ser soberano sólo en la hipótesis de que las limitaciones jurídicas impuestas a su ejercicio derivasen de un poder ajeno *(heteronomía).*

La noción de que hablamos es puramente *formal,* ya que nada tiene que ver con el contenido del poder político. Simplemente expresa el carácter supremo e independiente de éste.

Un estudio sobre el origen y evolución del mismo concepto revela que la soberanía no es atributo esencial del poder del Estado. Hay, en efecto, Estados soberanos y no soberanos. El de la Edad Media, por ejemplo, no tenía aquel atributo, pero era, no obstante, Estado. Y, en nuestra época, los Estados miembros de una Federación no son, relativamente a ésta, soberanos, ya que se encuentran sujetos a la constitución general y a las leyes federales.[13]

Es, pues, necesario descubrir los atributos permanentes del poder político, y encontrar un criterio que permita distinguir entre sí el Estado soberano y el no soberano. A tal estudio estarán consagradas las secciones que siguen.

55. CAPACIDAD DE ORGANIZARSE POR SI MISMO Y AUTONOMIA.—La característica esencial del Estado estriba en la capacidad de organizarse a sí mismo, es decir, de acuerdo con su propio derecho. La existencia del poder político encuéntrase condicionada por la de un órgano independiente, encargado de ejercer tal poder. Cuando una agrupación está organizada de acuerdo con una norma que emana de un poder ajeno, no es posible atribuirle naturaleza estatal. Los Estados miembros de una Federación son verdaderos Estados, precisamente porque la organización de los mismos se basa en leyes propias y, en primer término, en las constituciones locales. Los municipios, en cambio, no son Estados, pues su organización se funda en las leyes de la comunidad a que pertenecen. Cosa análoga puede afirmarse, por ejemplo, de las colonias británicas, en relación con el Reino Unido.

Otro atributo esencial del poder del Estado es la autonomía. *Consiste ésta en la facultad que las organizaciones políticas tienen de darse a sí mismas sus leyes, y de actuar de acuerdo con ellas.* Tal autonomía manifiéstase no sólo en la creación de los preceptos que determinan la

[13] Ver artículo 133 de la Constitución Federal.

estructura y funcionamiento del poder, sino en el establecimiento de las normas dirigidas a los particulares. Por ello es que el orden jurídico estatal está integrado tanto por *reglas de organización como por normas de comportamiento.*[14]

La distinción entre Estados soberanos y no soberanos suele formularse de este modo: los primeros pueden por sí mismos, dentro de los límites creados o reconocidos por ellos, establecer libremente el contenido de su propia competencia; los segundos, aun cuando pueden darse normas, sólo tienen tal facultad dentro de los límites de su poder estatal. Pero estos límites no representan una autolimitación, como en el caso del Estado soberano, sino que tienen su fundamento en el orden jurídico de la comunidad de que forman parte.[15] El artículo 115 de nuestra Constitución establece, por ejemplo, que "los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el Municipio Libre". Y el artículo 40 dispone: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental".

El poder político de los Estados miembros de la Federación sólo puede ejercerse, por tanto, dentro de los límites asignados a éste por la Constitución Federal.[16]

56. INDIVISIBILIDAD DEL PODER POLITICO.—Hemos dicho que el Estado constituye una unidad; de aquí deriva, como consecuencia necesaria, el principio de la *indivisibilidad* de su poder.

El principio de la indivisibilidad aplícase tanto a los Estados soberanos como a los no soberanos. La soberanía, atributo esencial de los Estados del primer tipo, no es susceptible de aumento ni de disminución. No hay soberanía limitada, compartida o dividida. Varios Estados sobe-

[14] Ver sección 43.

[15] Ver artículo 133 constitucional.

[16] "La repartición de competencias (en el Estado Federal) puede realizarse enumerándose taxativamente en la constitución las competencias reservadas a la Unión, es decir, al orden central, entendiéndose que todas las demás corresponden a los miembros; pero también es posible que la competencia de la Unión se halle delimitada en una cláusula general, de modo que la Unión debe cuidar de los intereses comunes a todos los miembros, para lo cual precisa decir en todo caso cuáles son los negocios que a todos interesan." KELSEN, *Teoría General del Estado*, trad. castellana de LEGAZ LACAMBRA, pág. 272. En nuestro sistema federal se emplea el primero de los dos métodos mencionados por KELSEN. El artículo 124 establece, en efecto, que todas las facultades que no estuvieren expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

ranos pueden coexistir uno al lado del otro, pero nunca como titulares del mismo poder.

Al principio de la indivisibilidad parece oponerse la doctrina de la división de poderes. El filósofo inglés Hobbes sostuvo ya con gran énfasis, en el siglo XVII, la tesis de que la divisibilidad del poder político conduce a la disolución del Estado.[17] A este punto de vista se opone la famosa doctrina de Montesquieu, según la cual en el Estado debe haber tres poderes, independientes e iguales entre sí, que se equilibran recíprocamente.[18] Como lo ha observado Jellinek, Montesquieu no se plantea el problema general de la unidad del Estado y de las relaciones de los diferentes poderes con tal unidad. La teoría a que aludimos llevó a varios autores a negar el carácter unitario de la organización estatal y a sostener que se halla dividida "en tres personas morales distintas" que se completan mutuamente. Este fue, por ejemplo, el punto de vista defendido por Kant.[19] Los teóricos de la Constitución norteamericana sostuvieron, desde un principio, que el poder político pertenece originariamente al pueblo, el cual lo reparte, de acuerdo con las normas constitucionales, entre los diferentes órganos del Estado. En el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se estableció igualmente el principio de que "la soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. . ." Para resolver la contradicción entre tal postulado y las diferentes funciones de los órganos estatales, Sieyès esbozó más tarde la distinción entre *poder constituyente* —cuyo titular es el pueblo— y *poderes constituidos*. En las constituciones de los diferentes países se conserva el principio de la unidad del Estado, pero se admite, en mayor o menor escala, la separación de los poderes. El poder estatal unitario y soberano se hace residir unas veces en la persona del monarca; otras, en el pueblo.

La fórmula más clara para la solución de la antítesis la ha acuñado Jellinek, al decir que cada órgano estatal representa, en los límites de su competencia, el poder del Estado. Así, pues, puede haber una división de competencias, sin que el poder resulte repartido. "Sea cual fuere el número de los órganos, el poder estatal es siempre único."[20]

"El pueblo —leemos en el artículo 41 de nuestra Constitución Federal— ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en

[17] *Leviathan*, Everyman's Library, London, 1937, pág. 95.
[18] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, 1832, I, cap. VI, págs. 293 y sigs.
[19] KANT, *Metaphysik der Sitten*, ed. J. H. V. Kirchmann, Leipzig, 1870, pág. 155.
[20] JELLINEK, obra citada, II, pág. 164.

los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal." Y en el 49 se establece que "el Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial..."

En principio, a cada uno de los poderes corresponde una función propia: la legislativa al Congreso, la jurisdiccional a los jueces y tribunales, la administrativa al poder ejecutivo. Pero la distinción no es absoluta, ya que los diversos poderes no ejercen exclusivamente la función que se les atribuye. Este hecho ha dado origen a la distinción entre *funciones formales* y *funciones materiales.*

Desde el punto de vista material, cada función presenta características propias que permiten definirla, sea cual fuere el órgano estatal que la realice.

La función legislativa consiste en la formulación de normas jurídicas generales; la jurisdicción establece, relativamente a casos concretos, el derecho incierto o controvertido; la administración consiste, por último, en la ejecución, dentro de los límites fijados por la ley, de una serie de tareas concretas, tendientes a la realización de intereses generales.

En el sentido formal, las funciones no son definidas de acuerdo con su naturaleza, sino atendiendo al órgano que las cumple. Desde este punto de vista es formalmente legislativo todo acto del Congreso; formalmente jurisdiccional, todo acto de los jueces o tribunales; formalmente administrativo, todo acto del poder ejecutivo.[21]

57. LA CONSTITUCION DEL ESTADO.—Hemos definido el Estado como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio. El Estado es, por consiguiente, una forma de organización, y dicha organización es de índole jurídica.

Por organización se entiende —dice Ehrlich— "*la regla de la asociación que asigna a cada miembro de ésta su posición dentro de la*

[21] GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, segunda edición. México, 1939, cap. VII, páginas 73 y sigs.

misma (ya de dominación, ya de sujeción), y las funciones que le corresponden".[22]

Las normas relativas a la organización fundamental del Estado reciben el nombre de *constitución.* La constitución del Estado comprende —según Jellinek— "*las reglas jurídicas que determinan los órganos supremos de éste; su modo de creación; sus relaciones recíprocas; su competencia, y la posición de cada uno en relación con el poder estatal".*

La palabra *constitución* no es solamente aplicada a la estructura de la organización política, sino también —sobre todo en la época moderna— al documento que contiene las reglas relativas a dicha organización (*constitución en sentido formal*).

La idea de la constitución como norma fundamental fue formulada por vez primera en el siglo XVI. En Francia, durante la época de Enrique IV, Loyseau sostuvo que el poder real encuentra serias limitaciones en "las leyes fundamentales del Estado".[23] Y Hobbes, en su obra *Leviathan*, escribe que la ley fundamental es aquella "cuya abolición traería consigo la ruina del cuerpo social y provocaría una anarquía completa". Esta ley tiene su origen, según el mismo autor, en el contrato que sirve de base a la organización estatal.

La idea de que la Constitución emana de un contrato celebrado por los particulares para instituir el poder político, reaparece, con variantes de mayor o menor monta, en las doctrinas de la época sobre el derecho natural.

Pero el concepto de ley suprema, en el sentido de carta constitucional, sólo empieza a tener importancia práctica en las colonias inglesas de América del Norte.

La organización de éstas hallábase establecida en una serie de Cartas otorgadas por los reyes de Inglaterra, en las cuales se fijaban los principios fundamentales de su gobierno y organización administrativa: "Las *Fundamental Orders* de Connecticut, aparecidas en forma de contrato celebrado por los colonos, constituyen el núcleo principal de la Carta otorgada por Carlos II a la Colonia, confirmada en 1776 por el pueblo como constitución del Estado libre y reemplazada en 1818 por una nueva

[22] EUGEN EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, translated by W. L. NOLL. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1936, pág. 40.

[23] Citado por JELLINEK. *L'État moderne et son droit.* trad. FARDIS. II. pág. 174

constitución. Del mismo modo, la colonia de Rhode-Island, establecida por Roger Williams sobre la base de un contrato de colonización, recibe en 1663 una Carta de Carlos II, que confirma las instituciones ya existentes y sirve de constitución a ese Estado hasta 1842. Las Cartas de ambos Estados de la confederación americana son, pues, las dos más antiguas cartas constitucionales en el sentido moderno de la palabra." [24]

Cuando estalló la revolución americana, las 13 colonias tenían Cartas de esa índole. Las dos ideas que sirvieron de base a tales documentos son, por una parte, la del contrato fundamental concluido por los miembros de la comunidad, y la de concesión emanada del poder real, por la otra. Esta última idea fue debilitándose paulatinamente, en tanto que la tesis de que la constitución es fruto de un contrato se robusteció cada vez más. En las Cartas de las colonias inglesas de América consagrábase el principio de la división de poderes, lo mismo que el de la limitación del poder legislativo de cada colonia. Tal poder tenía un límite en las mismas Cartas y en las leyes inglesas. Toda disposición legal contraria a las Cartas otorgadas por el Rey o a la legislación del reino, podía ser declarada nula por el *privy council* británico. De este modo empezó a dibujarse la idea de la constitución como ley fundamental o suprema, es decir, como *norma de normas*. Esto significa, por un lado, que la constitución sirve de base o fundamento a las demás leyes y, por otro, que la legislación ordinaria se encuentra subordinada al orden constitucional.

Al independizarse las colonias y transformarse en Estados, promulgaron, en ése y los siguientes años, sus distintas Constituciones, de acuerdo con los principios de soberanía del pueblo y división de poderes. Tales documentos ejercieron una influencia decisiva en la Asamblea Constituyente francesa de 1789-1791 y, a través de las constituciones de Francia, en las demás de Europa y América.

Las constituciones americanas comprenden dos partes principales: el *Bill of Rights* (Declaración de Derechos) y el *Plan of Government* (Plan de Gobierno).

Las Declaraciones de Derechos no figuraban en las Cartas coloniales o, al menos, no tenían la extensión que alcanzaron más tarde. El *Bill of Rights* contiene una enumeración de los derechos subjetivos públicos; el *Plan of Government* determina la estructura fundamental del Estado.

[24] JELLINEK, obra citada, II, pág. 183.

Al promulgarse, en 1787, la Constitución Federal Americana, no se incluyó en ella ninguna Declaración de Derechos. Pero en 1789 añadiéronse 10 artículos más, con el carácter de *Bill of Rights* para toda la Unión.

A las dos partes principales de las constituciones modernas suele dárseles, actualmente, los nombres de *Parte Dogmática* (que en lo esencial corresponde al *Bill of Rights*) y *Parte Orgánica* (para el *Plan of Government*).[25]

La idea de que la constitución es la norma fundamental deriva de dos consideraciones principales. En primer término, las normas constitucionales —en los países que tienen una constitución escrita— hállanse por encima de la legislación ordinaria y sólo pueden ser modificadas de acuerdo con un procedimiento mucho más complicado y largo que el que debe seguirse para la elaboración de las demás leyes; en segundo lugar, tales normas representan el fundamento formal de validez de los preceptos jurídicos de inferior rango.[26] Este último aspecto ha sido definitivamente esclarecido por la teoría del orden jerárquico de los preceptos del derecho, elaborada por Merkl, Kelsen y Verdross.

En los países que no poseen una constitución escrita, como Inglaterra, el orden constitucional no es definido de acuerdo con características formales, sino atendiendo a un criterio material. Por constitución se entiende entonces la estructura fundamental del Estado, es decir, *la forma de organización política, la competencia de los diversos poderes y los principios relativos al "status" de las personas.*

Las constituciones modernas suelen ser divididas en dos grupos: rígidas y flexibles.[27] Las del primer grupo son aquellas que no pueden ser modificadas en la forma establecida para la elaboración o modificación de las leyes ordinarias; las del segundo no señalan ninguna diferencia de orden formal entre leyes ordinarias y constitución y, por ende, la re-

---

[25] "El sistema normal de las constituciones escritas comprende ordinariamente una parte que suele y puede muy bien llamarse *dogmática*, y otra *orgánica*. Las *Declaraciones de Derechos* de las Constituciones norteamericanas y de la Constitución francesa de 1791, así como los títulos primeros de otras, v. gr., de la nuestra, en que se habla de los españoles y sus derechos, forman esa parte o elemento *dogmático*, con sus expresiones y declaraciones, definidoras e imperativas, que consagran determinados principios y formulan normas fundamentales como, por ejemplo, la fuente o residencia de la soberanía, las condiciones y garantías de la personalidad y ciertos derechos o libertades, etc. El resto de las constituciones, o sea las disposiciones sobre *organización de poderes, determinación de sus respectivas funciones y de las relaciones entre las instituciones que las desempeñan*, forma la *parte o elemento orgánico.*" A. Posada, *Tratado de Derecho Político*, 4ª ed., Madrid, 1929, pág. 21.

[26] Recuérdese lo dicho en la sección 43.

[27] "Por Constitución de un Estado o Nación entendemos —dice Bryce— las normas o leyes que determinan la forma de gobierno, los derechos y deberes del gobierno ante los

forma de estas últimas puede hacerse del mismo modo que la de aquéllas. La Constitución Federal Americana y la Constitución Inglesa son los dos ejemplos típicos de constitución rígida y constitución flexible. La de nuestro país pertenece a la primera categoría, ya que su reforma está sujeta a requisitos mayores que los que se exigen para la modificación de las leyes ordinarias.[28]]

ciudadanos y viceversa; en algunas partes las leyes o normas que forman la Constitución pueden ser establecidas o modificadas por el Legislativo ordinario, de la misma manera que las demás leyes, mientras en otras, esas normas están colocadas por encima o fuera del alcance de su Poder Legislativo; dictadas por una autoridad superior, no pueden cambiarse por ella. En los países de la primera clase, lo que se llama Constitución no es más que el conjunto de leyes —comprendiendo entre ellas, naturalmente, a las costumbres y decisiones judiciales de carácter político—; en esos países no hay nada con la forma de las que se llaman comúnmente constitucionales, ni se distinguen éstas por su origen ni por el grado de autoridad, de las otras leyes... Una Constitución de ese género, susceptible de ser modificada en todo momento, ampliándose o restringiéndose, es lo que puede llamarse propiamente una constitución *flexible*." "En los países de la otra clase las leyes y normas que describen la naturaleza, los poderes y las funciones de Gobierno, están contenidas en uno o varios documentos emanados directamente de una autoridad superior a la legislativa ordinaria." "En todos esos casos, nos encontramos en esos países una ley o grupo de leyes que se distinguen de las otras, tanto por el carácter de su contenido como por su origen y por su autoridad..." "Cuando la Constitución consta de una o de varias leyes de esa naturaleza, propongo que se llame constitución *rígida*." Citado por ADOLFO POSADA, obra citada. II. página 134.

[28] Ver artículo 135 de la Constitución.

SEGUNDA PARTE

LAS DISCIPLINAS JURIDICAS

CAPITULO VIII

FILOSOFIA JURIDICA Y TEORIA GENERAL DEL DERECHO

SUMARIO

58. CLASIFICACION DE LAS DISCIPLINAS JURIDICAS.—Las disciplinas que estudian el derecho suelen dividirse en dos grupos:

a) Fundamentales.
b) Auxiliares.

Al primero pertenecen, según la opinión dominante, la filosofía del derecho y la jurisprudencia técnica; las más importantes del segundo son la historia del derecho, el derecho comparado y la sociología jurídica. Las citadas materias difieren entre sí no sólo en lo que concierne a su objeto, sino en razón de sus métodos.

59. FILOSOFIA DEL DERECHO Y FILOSOFIA GENERAL.—Como su nombre lo indica, es la primera una rama o capítulo de la segunda. Ésta es el género; la otra, una de sus especies. La reflexión anterior demuestra que no es posible entender la esencia de la filosofía jurídica, si se ignora en qué consiste la filosofía general. Resulta, por ende, indispensable explicar previamente la naturaleza de ésta, para discutir después qué lugar corresponde a aquélla dentro del cuadro de las disciplinas filosóficas. Realizada tal tarea podremos ya preguntarnos cuáles son sus problemas privativos, y emprender algunas consideraciones acerca de los métodos de que se vale.

60. CIENCIA Y FILOSOFIA.—Analizaremos el concepto de filosofía paralelamente a la noción de ciencia, a fin de indicar en qué puntos coinciden y en cuáles se separan.

Las especulaciones científica y filosófica revelan una coincidencia fundamental, en lo que a su última finalidad respecta: una y otra aspiran al descubrimiento de lo verdadero. Podrán tomar diversos caminos y situarse en miradores diferentes; pero la meta que persiguen es la misma. Y aun cuando, como dice Radbruch, no siempre logran alcanzar su fin, en todo caso tienen igual sentido, ya que ambas se orientan a la consecución de la verdad.[1]

Pero al lado de tal semejanza, derivada de la comunidad de aspiraciones, las disciplinas de que hablamos presentan diferencias. La primera de éstas estriba en la diversa extensión de los objetos que estudian. Las ciencias son ensayos de explicación parcial de lo existente, en tanto que la filosofía pretende brindarnos una explicación exhaustiva del mundo, del hombre y de la actividad humana. Aquéllas buscan verdades aisladas, en relación con aspectos especiales de lo real; ésta, la verdad completa, el conocimiento último y definitivo, síntesis de todas las verdades. Spencer expresaba la misma idea diciendo que la ciencia es un conocimiento parcialmente unificado, y la filosofía un saber unificado totalmente. Y Ortega y Gasset, al referirse a la especulación filosófica, afirma que se caracteriza por hallarse dirigida hacia el establecimiento de la verdad autónoma y pantónoma. De la verdad autónoma, en cuanto anhela el conocimiento fundamental, originario, independiente, en el que todos los demás puedan cimentarse; de la verdad pantónoma, porque su fin no radica, como el de las ciencias, en adquirir conocimientos fragmentarios, sino una visión omnicomprensiva, total, de cuanto existe. "La filosofía es el problema de lo absoluto, y el absoluto problema." [2]

Una segunda diferencia, no menos importante, entre el conocimiento científico y la especulación filosófica, consiste en que el primero es puramente explicativo, en tanto que la segunda es, además, normativa. Las ciencias investigan exclusivamente lo que es, y pretenden explicarlo; la filosofía pregúntase también por lo que debe ser. La actitud del hombre ante el Universo no sólo es contemplativa, sino activa. La acción humana, acción inteligente, o conducta, debe tener una trayectoria, un sentido. Pero trayectoria y sentido sólo son posibles si se admite que el mundo no es únicamente realidad ajena a lo valioso, sino realidad que vale.

"Dos cosas importan a la inteligencia, que se asombra ante el mundo e inquiere las causas de su asombro; dos preguntas fundamentales constituyen la filosofía: ¿Qué es el mundo? ¿Qué valor tiene? Quien supiera

---

1 G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, pág. 8 de la trad. castellana.
2 Citado por Recaséns Siches en sus *Estudios de Filosofía del Derecho*, pág. 33.

responder, llanamente, a estos dos problemas, habría agotado el conocimiento de todas las cosas. Ningún misterio quedaría por resolver." [3]

Parafraseando una expresión de H. Poincaré, podríamos decir que los conocimientos científicos se enuncian en indicativo, a diferencia de los filosóficos, que unas veces se formulan enunciativamente y otras en forma imperativa.

Las disciplinas científicas nunca son axiológicas. Son explicativas o demostrativas. El hombre de ciencia demuestra o explica; no hace juicios de valor. Cuando el astrónomo enuncia las leyes de la atracción universal, o el físico las que rigen la caída de los cuerpos o el movimiento de un líquido en los vasos comunicantes, pretenden hacer inteligibles determinadas relaciones naturales, mas no emiten juicio alguno sobre el mérito o bondad de las mismas, ya que ello no tendría sentido.

Hay todavía un tercer punto en que ciencia y filosofía difieren: aquélla estudia únicamente fenómenos y relaciones, sin inquirir la esencia de lo real; ésta se pregunta, además, cuál es el *substratum* de lo existente. Cuando inquiere la esencia irreductible de las cosas, la especulación filosófica recibe el nombre de metafísica.

61. RAMAS DE LA FILOSOFIA.—Una vez explicada la índole de la investigación filosófica, hay que emprender la clasificación de las disciplinas que integran la filosofía, a fin de determinar qué lugar corresponde en ella a la filosofía jurídica.

Con gran frecuencia, esta disciplina no aparece en las clasificaciones. La omisión obedece a que, para ciertos autores, no es una rama independiente o autónoma, sino capítulo de la ética. La tesis nos parece injustificable, ya que equivale a identificar moral y derecho. Pero semejante identificación no es correcta, según creemos haberlo demostrado en el capítulo II de esta obra.

De acuerdo con Höffding,[4] las cuestiones filosóficas fundamentales son cuatro:

1. El problema del conocimiento (problema lógico). Es estudiado por la lógica y la teoría del conocimiento.
2. El problema de la existencia (cosmológico). A él se refiere la cosmología.
3. El problema de la estimación de valores (o problema ético-religioso). A su estudio están consagradas la ética, la estética y la filosofía de la religión.

---

[3] ANTONIO CASO, *Historia y Antología del Pensamiento Filosófico*, pág. 15.
[4] HARALD HÖFFDING. *Historia de la Filosofía Moderna*, t. I, pág. 2.

4. El problema de la conciencia. Este último constituye el objeto de la psicología.

Basándose en la clasificación que acabamos de exponer, el maestro mexicano Antonio Caso [5] divide los problemas filosóficos en tres grupos: 1. Problemas de la ciencia. 2. Problemas de la existencia. 3. Problemas del valor de la existencia. Obtiene de este modo el cuadro siguiente:

I

PROBLEMAS DE LA CIENCIA

Método privativo de la filosofía general... Metodología. Teoría del conocimiento. Epistemología.

II

PROBLEMAS DE LA EXISTENCIA

Teoría de la libertad. Teoría de las relaciones del espíritu y del cuerpo. Teoría del *substratum* espiritual.	Psicología Racional.

Explicación sistemática del ser y el devenir...... Cosmología.

III

PROBLEMAS DEL VALOR DE LA EXISTENCIA

Teoría de la religión...............	Filosofía de la Religión.
Teoría del arte.....................	Estética.
Teoría de la conducta..............	Ética.

Para obtener una clasificación completa es necesario incluir, en el último grupo de materias, la filosofía jurídica. Si a las que estudian los problemas relacionados con el valor de la existencia las agrupamos bajo la denominación genérica de *disciplinas axiológicas*, podremos decir que la axiología general comprende cuatro ramas: 1) la ética, o teoría de lo bueno; 2) la estética, o teoría filosófica de la belleza; 3) la filo-

[5] *Problemas Filosóficos*, México, 1915, pág. 92.

sofía de la religión, o doctrina de lo santo, y 4) la filosofía del derecho, o teoría sobre la esencia y valores propios de lo jurídico.

62. LOS TEMAS DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO.—Son dos los temas capitales de esta disciplina: el primero es el de la determinación del concepto del derecho; el otro refiérese a los valores que el orden jurídico positivo debe realizar. El estudio de la noción de lo jurídico constituye el objeto de la teoría fundamental del derecho. La segunda parte de la disciplina de que hablamos, cuya tarea consiste en descubrir los valores propios del derecho, denomínase axiología jurídica. Esta última ha recibido también las denominaciones de teoría del derecho justo, doctrina de los valores jurídicos y estimativa jurídica.

La determinación de la esencia del derecho es el problema primordial de la materia, pues las disciplinas jurídicas especiales: derecho civil, penal, administrativo, etc., lejos de enseñarnos qué sea el derecho, lo dan por definido y limítanse a exponer y sistematizar, de acuerdo con criterios a que habremos de aludir más tarde, grupos aislados de normas.

Por otra parte, si, como escribe Del Vecchio,[6] la filosofía es el conocimiento de lo universal, la del derecho tendrá que ser, ante todo, el conocimiento de lo jurídico en sus aspectos y elementos universales; o, expresado en otro giro: una aplicación, al campo del derecho, de la reflexión filosófica. Y así como ésta empieza por preguntarse qué es lo que existe, y aspira a ofrecer una visión exhaustiva de lo real, la filosofía jurídica inquiere en primer término qué es el derecho, y trata de brindarnos, acerca del mismo, la verdad "autónoma", el conocimiento último y definitivo.

La teoría fundamental debe explicar, además, los conceptos jurídicos esenciales, es decir, las categorías o nociones irreductibles, en cuya ausencia resultaría imposible entender un orden jurídico cualquiera. Queremos referirnos a los conceptos de supuesto jurídico, derecho subjetivo, deber jurídico y sujeto de derecho, que encontramos indefectiblemente en todo sistema. Estos conceptos, llamados también categorías jurídicas, distínguense de los históricos o contingentes. A diferencia de aquéllos, los contingentes no existen en todo ordenamiento positivo. Las instituciones de la esclavitud, la aparcería, el robo de energía eléctrica, la enfiteusis, por ejemplo, no siempre han sido conocidas por los derechos que la historia registra, porque no son conceptos fundamentales, sino nociones históricamente condicionadas. En cambio, nunca ha existido, no existe, ni podrá existir, un sistema jurídico en el que no haya sujetos,

6 *Filosofía del Derecho*, t. I, pág. 1.

deberes y derechos subjetivos. Por esta razón se ha escrito, parafraseando una expresión kantiana, que tales nociones son categorías "que condicionan la posibilidad del conocimiento del derecho".

La axiología jurídica estudia los valores a cuya realización debe aspirar el orden jurídico positivo. Para la mayoría de los autores, es la justicia la finalidad suprema de éste. Algunos creen descubrir dicho fin en el bien común, y otros estiman que el valor jurídico fundamental es la seguridad, y que, en caso de conflicto, debe la justicia ser postergada, en beneficio de la paz y el orden.

Siguiendo la opinión más reciente, pensamos que los valores jurídicos no se excluyen de manera absoluta, y que una de las tareas de la Estimativa es determinar el respectivo rango de aquéllos. A los capítulos especiales sobre la justicia, la seguridad y el bien común, debe seguir otro sobre la jerarquía de dichos fines.

63. LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y LA FILOSOFIA JURIDICA.— En el último tercio del pasado siglo diversos escritores, influídos por la ideología positivista y deslumbrados por los progresos de la ciencia natural, sostuvieron que la filosofía del derecho debía ser reemplazada por una disciplina de tipo científico, cuyos métodos coincidieran con los de la investigación naturalista. De acuerdo con tal idea, varios autores alemanes, entre los que hay que citar, en primer término, a Bergbohm, Merkel y Bierling, trazaron el programa de una teoría general del derecho, concebida como conjunto de generalizaciones relativas a los fenómenos jurídicos. Toda consideración de índole filosófica y, sobre todo, de carácter metafísico, debe ser repudiada por la ciencia del derecho. Para establecer la definición de lo jurídico, pensaban los citados autores, hay que poner en práctica los procedimientos de que se sirven, por ejemplo, el astrónomo y el físico. Su método, estrictamente experimental, llámase inducción, y es una forma de inferencia que consiste en pasar del análisis de una serie de hechos o casos, al establecimiento de un principio general que expresa sus atributos comunes y puede aplicarse también a los hechos semejantes no investigados. "Inferencias inductivas —leemos en la *Lógica* de Kurt Joachim Grau— son aquellas en que de una serie de juicios particulares se deduce un juicio universal sintetizador o amplificador y distinto de ellos. Son, pues, conclusiones de lo particular a lo general; se dividen en inducciones sintetizadoras y amplificadoras. La esencia de las inducciones sintetizadoras (registradoras de hechos) consiste en que un número mayor o menor de juicios dados con el mismo sujeto o predicado, forman en la conclusión

un solo juicio, con lo cual la conclusión se convierte en una combinación de juicios, copulativa en un caso y conjuntiva en el otro. En las inducciones amplificadoras la conclusión es distinta de las premisas formal y materialmente. Son formas en las cuales de juicios particulares dados se deduce un juicio universal, no sintetizador, sino amplificador. Según que esta extensión o amplificación vaya de algunas especies de un género a la totalidad de este género (amplificación de la extensión), o de algunos caracteres de un concepto al contenido general de éste (amplificación del contenido), convendrá llamar las amplificaciones generalizadoras o totalizadoras. . ." [7]

Bergbohm, Merkl y Bierling afirmaron que el procedimiento a que acabamos de referirnos podía aplicarse no únicamente a los fenómenos naturales, sino también al derecho. Para obtener la noción de éste —decían— basta con reunir un número suficientemente grande de hechos jurídicos, prescindir de sus notas accidentales y abstraer las que les sean comunes. Igual procedimiento podrá aplicarse a cualquier otro problema análogo, como, por ejemplo, la definición del derecho subjetivo o del deber jurídico.

El programa trazado por los partidarios de la pretendida ciencia se consideró muy pronto como intento fracasado, pues los juristas se percataron de que la aplicación del método inductivo a la definición del derecho implicaba el previo conocimiento de aquello que con tal método se trataba de alcanzar. En efecto: para abstraer de una serie de datos jurídicos las notas que les son comunes, es necesario conocer de antemano la esencia del derecho, ya que, de otro modo, resulta imposible seleccionar los fenómenos que habrán de servir de base a la inducción.

"El movimiento de la teoría general del derecho en Alemania, como su correspondiente, el de la Escuela Analítica de Jurisprudencia en Inglaterra, se propusieron la construcción de un sistema de los conceptos primeros de la ciencia jurídica que acabase con la anarquía de la producción científica en las ramas particulares. Es interesante recoger la formulación que dio Stuart Mill de esta pretensión, en relación con la Escuela Analítica inglesa: "Los detalles de los diferentes sistemas legales son distintos; pero no hay ninguna razón para que las clasificaciones y los elementos fundamentales de la ordenación no sean en gran medida los mismos. Los hechos de que la ley tiene conocimiento, aunque muy lejos de ser idénticos en todas las sociedades civilizadas, son lo suficiente-

[7] KURT JOACHIM GRAU, *Lógica*. trad. de MIRAL. pág. 129.

mente análogos para permitir una organización de ellos dentro de los mismos cuadros... La misma terminología, nomenclatura y principio de ordenación que permiten constituir un sistema jurídico en su forma definitiva y hacerlo comprensible, pueden servir, con adiciones y variaciones de pequeño detalle, para prestar idéntico servicio a otro sistema. Ahora bien: los instrumentos de que una y otra escuela pretenden valerse, son los puramente empíricos de la inducción y la clasificación del material dado por la ciencia jurídica. El objeto es llegar a obtener con estos instrumentos los conceptos genéricos de la ciencia del derecho, empezando por el concepto del derecho mismo; y así, mediante la abstracción de características generales de los conceptos manejados por las ciencias del derecho, lograr una serie de conceptos válidos por todas ellas y engarzados, por tanto, en un sistema unificador."[8]

Al iniciarse el renacimiento de las especulaciones filosófico-jurídicas, a fines del siglo XIX y comienzos del actual, abandonaron los juristas los procedimientos metódicos propuestos por aquellas escuelas, y dedicaron buena parte de sus afanes a la investigación de los métodos idóneos para el desarrollo de los estudios fundamentales acerca del derecho. Puede decirse que, desde entonces, el problema metodológico es la principal preocupación de los cultivadores de la filosofía jurídica. En una obra como la presente no es posible emprender el estudio del problema a que aludimos. Nos limitaremos a hacer unas cuantas indicaciones de carácter general. Hay que advertir, desde luego, que los filósofos del derecho no han conseguido ponerse enteramente de acuerdo sobre los métodos que deban emplearse en tal disciplina. El único punto en que hay coincidencia es el que consiste en la repudiación del empirismo. Las nociones a cuyo análisis está consagrada la filosofía jurídica tienen carácter apriorístico y, en consecuencia, no pueden ser definidas mediante el procedimiento experimental. El método de aquélla debe ser enteramente diverso del que se aplica en las ciencias naturales.

Si prescindimos de esta capital coincidencia, sólo encontraremos discrepancias. Es posible, sin embargo, descubrir ciertas tendencias más o menos definidas, que permiten una clasificación de las diversas escuelas. Las corrientes principales están representadas por el formalismo y la filosofía de los valores. Entre los defensores de la primera podemos citar a Stammler y Kelsen; entre los de la segunda, a Radbruch y a Lask. Dos famosos kelsenianos, Félix Kaufmann y Fritz Schreirer, han aplicado al

---

[8] José Medina Echavarría, *Filosofía Jurídica*, pág. 48.

estudio del derecho el método fenomenológico de E. Husserl. Gerhart Husserl, W. Schapp y Adolfo Reinach pertenecen también al grupo de los juristas fenomenólogos.[9]

[9] Consultar sobre este punto: J. MEDINA ECHAVARRÍA, *Filosofía Jurídica;* L. RECASÉNS SICHES, *Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico;* MAX ERNST MAYER. *Filosofía del Derecho,* trad. LEGAZ LACAMBRA, especialmente el capítulo titulado: *Direcciones de la Filosofía del Derecho;* EDGARD BODENHEIMER, *Teoría del Derecho,* trad. de VICENTE HERRERO; KARL LARENZ, *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado,* trad. de GALÁN GUTIÉRREZ y TRUYOL SERRA.

CAPITULO IX

LA JURISPRUDENCIA TECNICA

SUMARIO

64. SU OBJETO.—*La jurisprudencia técnica tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación.*

Tomando en cuenta la definición anterior, podemos decir que la citada disciplina ofrece dos aspectos fundamentales: uno *teórico* o *sistemático*, otro *técnico* o *práctico*. En el primero, es una exposición de las reglas jurídicas que pertenecen a un ordenamiento temporal y espacialmente circunscrito: en el segundo, el arte de la interpretación y aplicación de las normas (legales o consuetudinarias) que lo integran.

La jurisprudencia técnica es una doctrina del orden positivo, ya que no versa, como la teoría jurídica fundamental, sobre la esencia del derecho, ni estudia los valores supremos del mismo, como la Axiología Jurídica, sino que se reduce a la sistematización de las reglas que constituyen determinado ordenamiento, e indica en qué forma pueden ser resueltos los problemas que su aplicación suscita.

Al emprender dichas tareas, procede de manera dogmática. Queremos decir que no examina la justificación de las disposiciones que componen cada derecho positivo, sino que, por el contrario, considera a todas como intangibles y autárquicas, o sea, como un conjunto de normas en relación con las cuales el problema estimativo no debe siquiera ser planteado. Esta característica de la jurisprudencia técnica revela una diferencia fundamental con la filosofía jurídica. Para la primera, el orden positivo es un conjunto de reglas cuyo valor no se discute; para la segunda, una congerie de pretensiones cuya justificación depende del sentido que encierren y los valores que realicen.

Atendiendo a su índole dogmática, se ha escrito que aquella disciplina aseméjase a la geometría y a la especulación teológica. Así como el geómetra parte en sus desarrollos de axiomas o verdades evidentes, que no necesitan ser demostrados, y el teólogo se funda en dogmas que estima revelados por Dios y reputa indiscutibles, el jurista, cuando procede estrictamente como tal, vuelve los ojos a las leyes e instituciones de un ordenamiento determinado y se limita a clasificarlas y sistematizarlas, mas no emite juicios de valor acerca de su contenido ni se atreve a poner en duda su obligatoriedad.

La postura del filósofo del derecho ante el orden jurídico es radicalmente diversa. Dicho orden no es para él un código de mandamientos absolutos, sino fenómeno cultural cuya justificación sólo puede establecerse de acuerdo con criterios ultrapositivos de valoración.

A diferencia de la teoría general del derecho, que quiere descubrir lo que todos los sistemas tienen en común, y elevarse inductivamente hasta los conceptos jurídicos fundamentales, la jurisprudencia técnica aparece ante nosotros como doctrina especial de cada ordenamiento y, en vez de estudiar aquellas nociones, las da por conocidas, concretándose a exponer el contenido de las leyes o costumbres que forman el sistema a que se halla referida. Los estudios de Jurisprudencia Técnica pueden ser tan numerosos como los derechos positivos que la historia registra; en cambio, desde un punto de vista estrictamente lógico, sólo podemos aceptar una teoría fundamental o una teoría general del derecho. Aquella disciplina no sistematiza únicamente las reglas en vigor; puede también referirse a las instituciones y preceptos de ordenamientos pretéritos. Pero, en todo caso, tales instituciones y preceptos representan para el jurista un material que él no ha creado ni puede modificar, un sistema de imperativos de validez indiscutible, como son indiscutibles para el teólogo los dogmas que la divinidad ha revelado, o evidentes para el geómetra los axiomas en que sus deducciones se fundamentan.

65. RAMAS DE LA JURISPRUDENCIA TECNICA.—Al primer capítulo de la Jurisprudencia Técnica suele dársele la denominación de *sistemática jurídica;* el segundo se llama *técnica jurídica* o *doctrina de la aplicación del derecho.*

Antes de señalar en detalle cuáles son las tareas concretas de las dos ramas de la materia a que hemos venido aludiendo, es necesario inquirir la naturaleza de esta última, y establecer qué lugar le corresponde dentro del cuadro general de las disciplinas científicas. A fin de cumplir tal propósito, discutiremos previamente el problema de la clasificación de las ciencias. El conocimiento de dicha clasificación es, para nosotros, muy

útil, porque nos permitirá determinar el sitio asignado en ella a las disciplinas jurídicas auxiliares.

66. EL PROBLEMA DE LA CLASIFICACION DE LAS CIENCIAS.—Una de las clasificaciones más conocidas es la del filósofo alemán Wilhelm Windelband (1848-1915), expuesta en un célebre discurso rectoral pronunciado en Estrasburgo.[1] Hay, según el mencionado pensador, dos clases de disciplinas científicas: *nomotéticas* e *idiográficas.* Las del primer grupo (ciencias de leyes), expresan las relaciones necesarias que existen entre los fenómenos naturales; las del segundo (ciencias de sucesos), estudian los hechos pretéritos en su individualidad característica. A estas últimas suele dárseles la denominación de ciencias históricas.

Las nomotéticas no desdeñan el examen de los hechos, pero cuando los toman en cuenta, lo hacen con el deseo de descubrir lo que tienen en común con otros, o a fin de establecer sus efectos o sus causas. Para los cultivadores de las ciencias de la naturaleza (física, química, biología, etc.), los fenómenos son "casos particulares de una ley, ejemplares —en sí indiferentes— de una clase; porque la fijación de lo individual y particular les sirve sólo como medio para la consecución de su propio fin cognoscitivo, que es la aprehensión de relaciones generales, el conocimiento de leyes". El historiador, en cambio, se atiene a lo particular, a lo único, a lo intuitivo; su problema consiste "en dar nueva vida y actualidad ideal a determinadas formas del pasado, con la totalidad de su fisonomía individual". El investigador de la naturaleza intenta hacer abstracción de los objetos sensibles que continuamente aparecen y desaparecen, para comprender las leyes válidas de todo acontecer, en su intemporal invariabilidad; construye como "verdadera esencia" de las cosas "un mundo de átomos incoloros y mudos, sin el frescor de las cualidades sensibles". El historiador se sumerge gustoso en lo concreto y temporal, y "nos da cuadros de hombres y vidas humanas con toda la riqueza de sus peculiares formas, con la plenitud de su vida individual".[2]

Quien pretendiese situar a la jurisprudencia técnica en alguna de las dos divisiones de la clasificación de Windelband, fracasaría, porque la disciplina en cuestión no formula leyes, como las ciencias nomotéticas, ni describe sucesos, como las idiográficas. Si aquella materia posee carácter científico, habrá que concluir que la clasificación de Windelband es incompleta.

---

[1] Citado por AUGUSTO MESSER en su obra *La Filosofía Actual,* pág. 74 de la trad. castellana de J. XIRAU.

[2] MESSER, obra citada, pág. 75.

Examinemos ahora la tesis de Kelsen.

El jefe de la Escuela de Viena sostiene que las disciplinas científicas deben dividirse en *explicativas* y *normativas*. Aquéllas son las ciencias naturales y coinciden, por tanto, con las nomotéticas de la doctrina de Wildelband; las segundas, que no figuran en la clasificación primeramente estudiada, caracterízanse en que su objeto no estriba en explicar lo real, sino en conocer normas, es decir, reglas de conducta que postulan deberes.

El análisis de las teorías de Windelband y Kelsen revela, pues, la existencia de tres grupos de disciplinas:

1. Nomotéticas o explicativas;
2. Idiográficas o históricas;
3. Normativas.

La combinación precedente no forma todavía una clasificación completa, porque en ella no aparecen las ciencias matemáticas. En efecto: éstas no estudian hechos, ni causas, ni normas. Creemos que es posible definirlas como ciencias de axiomas, ya que están integradas por proposiciones que se obtienen deductivamente partiendo de una serie de principios necesarios o evidentes.

Hay, por ende, cuatro clases de disciplinas:

1. Ciencias de leyes;
2. Ciencias de sucesos;
3. Ciencias de axiomas;
4. Disciplinas normativas.

De acuerdo con la tesis de Félix Somló, expuesta en el libro *Teoría Jurídica Fundamental*, las citadas en último término deben ser divididas en dos grupos. Las del primero, que el jurista húngaro llama *nomográficas*, tienen por objeto la exposición sistemática de determinadas reglas normativas; la misión de las del segundo, que designa con el nombre de *nomotéticas* (aunque no en el sentido de Windelband), estriba en la *creación* de preceptos de la misma índole. La gramática, por ejemplo, pertenece al segundo grupo; la jurisprudencia técnica forma parte del primero. Mas no hay que olvidar que dicha disciplina posee, además de su faceta científica, un aspecto técnico. No es únicamente ciencia, sino arte.

67. LA SISTEMATICA JURIDICA.—El estudio realizado en las líneas precedentes nos ha conducido a la conclusión de que la jurisprudencia

técnica, en su aspecto teórico, es una disciplina nomográfica cuyo objeto estriba en exponer, de manera ordenada y coherente, las disposiciones, consuetudinarias, jurisprudenciales y legales, que integran cada sistema jurídico.

Veamos ahora en qué forma realiza tal exposición. Antes que otra cosa, es indispensable clasificar esas disposiciones, tomando como criterio clasificador no su forma o estructura lógica, sino su contenido. El procedimiento no ofrece dificultades, porque los preceptos que componen los distintos sistemas de derecho reglamentan relaciones de índole diversa e importancia desigual. Los juristas romanos fueron los primeron en abordar el problema, y a ellos se debe la división, generalmente aceptada todavía, que separa los preceptos jurídicos en normas de *derecho público* y de *derecho privado*. Estas dos ramas son luego subdivididas en disciplinas especiales: el derecho público, en constitucional, administrativo, penal y procesal; el privado, en civil y mercantil.[3] La clasificación alude exclusivamente al derecho interno; pero si tomamos en cuenta no sólo las normas de éste, sino las que rigen relaciones de naturaleza interestatal, puede obtenerse un cuadro completo. Al lado del derecho público y del derecho privado internos, encontramos un derecho público y un derecho privado internacionales y, relativamente a los últimos, cabe hacer subclasificaciones semejantes a las de los primeros (derecho penal internacional, derecho internacional administrativo, derecho mercantil internacional, etc.).

La tarea de sistematización no termina al ser agrupadas las reglas del derecho en disciplinas especiales. Debe continuar en el ámbito de cada una de ellas. De acuerdo también con un criterio de índole material, tales disciplinas son divididas en varias partes. Cada una de las partes generales posee asimismo un sistema. Se forma agrupando las reglas jurídicas en *instituciones.*

Institución es el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza. Podemos mencionar como ejemplos las normas relativas a la hipoteca, el matrimonio, la filiación, el contrato de seguros, la sociedad mercantil, etc. etc. Las instituciones pueden ser (según la clasificación de Du Pasquier) *secundarias* o *principales.*[4] Las primeras agrúpanse alrededor de las segundas y representan subdivisiones o especies de un género común. El contrato de aprendizaje, verbigracia, es institución secundaria en relación con el de trabajo, y éste, a su vez, una clase especial del negocio jurídico, al lado de otras.

---

[3] Ver el capítulo siguiente.
[4] *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit,* pág. 141.

68. LA TECNICA JURIDICA.—La hemos definido como el *arte de la interpretación y aplicación de los preceptos del derecho vigente.* Expliquemos en qué consisten los problemas que forman su objeto de estudio.

1. *Interpretación.*—Todo precepto jurídico encierra un sentido. Pero éste no siempre se halla manifestado con claridad. Si la expresión es verbal o escrita, puede ocurrir que los vocablos que la integran posean acepciones múltiples, o que la construcción sea defectuosa y haga difícil la inteligencia de la frase. En tal hipótesis, el intérprete se ve obligado a desentrañar la significación de la misma. El conjunto de procedimientos destinados al desempeño de esta tarea constituye la técnica interpretativa. La labor de que hablamos representa un trabajo previo, relativamente al acto por el cual las reglas del derecho son aplicadas.

Según su autor, la interpretación puede ser privada, judicial o auténtica. La primera es obra de particulares. Si éstos son especialistas se habla de *interpretación doctrinal.* La segunda proviene de los jueces o tribunales encargados de aplicar el derecho a casos concretos. La última la realiza el mismo legislador, con la mira de fijar el sentido de las leyes que ha dictado. Se le da el nombre de *interpretación legislativa.*

2. *Integración.*—La interpretación sólo resulta posible cuando hay preceptos que deben ser interpretados. Pero puede presentarse el caso de que una cuestión sometida al conocimiento de un juez no se encuentre prevista en el ordenamiento positivo. Si existe una laguna, debe el juzgador llenarla. La misma ley le ofrece los criterios que han de servirle para el logro de tal fin. Casi todos los códigos disponen que en situaciones de este tipo hay que recurrir a los *principios generales del derecho*, al *derecho natural* o a la *equidad.*[5] Pero la actividad del juez no es, en esta hipótesis, interpretativa, sino constructiva. En efecto: no habiendo norma aplicable, no puede hablarse de interpretación, ya que ésta debe referirse siempre a un determinado precepto; el juzgador ha dejado de ser exégeta y se encuentra colocado en situación comparable a la del legislador; debe establecer la norma para el caso concreto sometido a su decisión.[6] Más tarde estudiaremos cuáles son las limitaciones a que dicha labor ha de quedar sujeta. Lo único que por el momento nos interesa es subrayar que, además de la función puramente interpretativa, los jueces y tribunales desempeñan una labor creadora.

---

[5] Estudiaremos estos conceptos en el capítulo consagrado a las lagunas de la ley.
[6] Recuérdese lo expuesto en la sección 33.

Adoptando la terminología empleada por Del Vecchio y Carnelutti,[7] creemos que a tal actividad conviene el nombre de *integración*.

3. *Vigencia.*—Llegado el momento de la aplicación puede presentarse el problema que consiste en determinar si los preceptos que prevén el caso sometido a la consideración del juez, están vigentes o han sido derogados. Ya hemos visto cuáles son las reglas que sobre iniciación, duración y extinción de la vigencia establecen nuestras leyes.[8]

4. *Retroactividad.*—Una de las cuestiones más arduas que pueden surgir en el momento de la aplicación, estriba en saber si una disposición legislativa puede aplicarse a situaciones jurídicas concretas, nacidas bajo el imperio de una ley anterior. Bien conocido es el principio que domina esta materia: a ninguna ley se darán efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna,[9] o, como dice el artículo 2º del Código Civil francés: "La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effect rétroactif."

"El principio de la no retroactividad es —dice Du Pasquier— una regla de moral legislativa; pero no se funda en la naturaleza de las cosas, y resultaría inexacto decir que el legislador nunca usa de ella. El alcance del principio varía, sin embargo, en las diversas ramas del derecho."[10] En la cuarta parte de esta obra indicaremos cuáles son las excepciones más importantes a ese principio.

5. *Conflictos de leyes.*—La jurisprudencia técnica debe señalar las reglas de acuerdo con las cuales han de solucionarse los problemas derivados de la pluralidad de legislaciones. A éstos se les conoce con el nombre de problemas sobre aplicación de las leyes en el espacio, para distinguirlos de los relativos a la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo (retroactividad). Como después veremos, hay una disciplina que estudia los primeros, con especial referencia al derecho común; el derecho internacional privado. Pero la dificultad puede presentarse igualmente en relación con normas de derecho público; en materia penal, por ejemplo. Todas estas cuestiones serán más tarde tratadas por nosotros.

---

[7] GIORGIO DEL VECCHIO, "Les principes généraux du droit", en *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de F. Gény*, t. II, pág. 69. FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, t. I, pág. 130.

[8] Ver sección 26 *f)*.

[9] Artículo 14 constitucional.

[10] DU PASQUIER, *ob. cit.*, pág. 130.

CAPITULO X

DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO

SUMARIO

69.—La distinción entre derecho público y derecho privado. 70.—Teoría romana. 71.—Teoría de la naturaleza de la relación. 72.—Tesis de Roguin. 73.—Conclusión.

69. LA DISTINCION ENTRE DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO.— Uno de los temas más discutidos por los juristas es el de la distinción entre derecho privado y derecho público. Mientras ciertos autores, como Radbruch, estiman que dichos conceptos son categorías apriorísticas de la ciencia del derecho,[1] otros afirman que se trata de una dicotomía de índole política, y no pocos niegan enfáticamente la existencia de un criterio válido de diferenciación. Duguit, por ejemplo, cree que tal criterio posee únicamente interés práctico;[2] Gurvitch niega la posibilidad de establecerlo de acuerdo con notas de naturaleza material,[3] y Kelsen declara que todo derecho constituye una formulación de la voluntad del Estado y es, por ende, derecho público.[4]

En el presente capítulo expondremos las teorías más importantes que acerca del asunto han sido formuladas, para indicar después cuál es la significación y el valor que en nuestro concepto corresponden a aquella distinción.

70. TEORIA ROMANA.—La división de las normas jurídicas en las dos grandes ramas del derecho privado y el derecho público es obra de los juristas romanos. La doctrina clásica hállase sintetizada en la conocida sentencia del jurisconsulto Ulpiano: "*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem.*" Derecho público es el que atañe a la conservación de la cosa romana;

[1] RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, pág. 163, ed. castellana.
[2] *Traité de droit constitutionnel*, t. I, pág. 522.
[3] GURVITCH, *L'idée du droit social*, pág. 13.
[4] *Teoría General del Estado*, pág. 108.

privado, el que concierne a la utilidad de los particulares. A esta concepción se la conoce con el nombre de *teoría del interés en juego.* La naturaleza, privada o pública, de un precepto o conjunto de preceptos, depende de la índole del interés que garanticen o protejan. Las normas del público corresponden al interés colectivo; las del privado refiérense a intereses particulares. "Dícese 'público' lo que beneficia a la comunidad. 'Derecho público' es, pues, el que regula relaciones provechosas para el común. Las facultades de derecho público —por ejemplo: las gubernativas del empleado, el derecho de voto del ciudadano— concédense para ser ejercitadas en orden al bien general. El derecho público rige los poderes que se hallan directamente al servicio de todos; es decir, del pueblo. En cambio, los derechos privados —por ejemplo: el de propiedad— los tiene el interesado para sí antes que para nadie; hállanse al servicio de su poder, de su voluntad." [5]

¿Qué valor debe atribuirse a este criterio?

En contra de la teoría del interés han sido esgrimidas numerosas objeciones. He aquí las principales:

1. La nota del interés en juego es criterio sumamente vago que, por otra parte, los autores de la doctrina no se tomaron el trabajo de definir.

2. La teoría clásica desconoce, o parece ignorar, el hecho de que los intereses privados y públicos no se hallan desvinculados sino, por el contrario, fundidos de tal manera, que es difícil, cuando no imposible, señalar en cada caso dónde termina el particular y dónde empieza el colectivo.

3. Si se acepta el criterio preconizado por los romanos, la determinación de la índole, privada o pública, de una institución o una norma de derecho, queda por completo al arbitrio del legislador, ya que éste será quien establezca en cada caso, según sus personales convicciones, qué intereses son de orden público y cuáles de naturaleza privada. Y, en tal hipótesis, la distinción, puramente formal, resultará sujeta a consideraciones de oportunidad, fundamentalmente políticas, que le quitarán todo valor científico.

Pensamos que el error más grave de la teoría estriba en proponer, como criterio de una clasificación que pretende valor *objetivo*, una noción esencialmente *subjetiva*. Quien dice interés, en el sentido propio

[5] R. Sohm, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, pág. 13 de la trad. de W. Roces.

del término, alude a la apreciación que una persona hace de determinados fines. Tener interés en algo significa atribuir valor o importancia a su realización (independientemente de que resulte o no intrínsecamente valiosa). De aquí que todo interés sea, por esencia, subjetivo. Tal interpretación del término sirve de base a la tercera de las objeciones enumeradas. Si el interés es algo subjetivo, la determinación de la índole de los fines que el derecho ha de realizar queda necesariamente sujeta al arbitrio del legislador.

"La imposibilidad de establecer un criterio material de distinción entre el derecho público y el derecho privado, imposibilidad reconocida en nuestros días por un número siempre creciente de juristas —dice Gurvitch—, puede verificarse por el hecho de que hay más de un centenar de definiciones diferentes de esas dos especies de derecho, de las cuales ninguna ha podido adquirir una aceptación más o menos general. Consúltese sobre este punto la obra tan característica de J. Hölliger, *El criterio de la oposición entre derecho público y derecho privado,* que expone 104 teorías acerca del indicado tema, para concluir que ninguna de ellas es satisfactoria." [6]

Querer dividir las normas del derecho en función de los intereses que aspiran a realizar, equivale —dice Kelsen— a hacer una clasificación de los cuadros de un museo de acuerdo con su precio. No es posible hablar de normas exclusivamente destinadas al logro del interés individual, porque todo precepto tiene como meta la realización de intereses de ambos géneros. "Desde el momento en que una norma de derecho protege un interés individual, esa protección constituye un interés colectivo. Cuando el orden jurídico contiene normas reguladoras del préstamo —normas jurídicas 'privadas', indudablemente— pónese de manifiesto que existe un interés colectivo en la existencia de tales normas. Y, de modo análogo, en cada norma positiva de derecho administrativo o penal —derecho 'público' uno y otro, a no dudarlo— puede determinarse el hombre al cual se reconoce un interés en tal norma, la cual se convierte en protectora de ese interés. Esto último no aparece tan claro en derecho político y procesal, porque éstos no contienen normas jurídicas autónomas y perfectas. Según la teoría del interés, la antítesis de derecho público y privado coincide, en cierto sentido y considerada en algunos de sus aspectos, con la antítesis de derecho objetivo y subjetivo señalada en la misma teoría. El interés protegido, es decir, el derecho subjetivo, es siempre el interés individual; la protección del interés, es decir, el derecho objetivo, es siempre el interés colectivo." [7]

---

[6] *L'idée du droit social,* pág. 13.
[7] *Teoría General del Estado,* pág. 108 de la traducción castellana.

71. TEORIA DE LA NATURALEZA DE LA RELACION.—La doctrina más generalmente aceptada consiste en sostener que el criterio diferencial entre los derechos privado y público no debe buscarse en la índole de los intereses protegidos, sino en la naturaleza de las relaciones que las normas de aquéllos establecen. Una relación es de coordinación cuando los sujetos que en ella figuran encuéntranse colocados en un plano de igualdad, como ocurre, verbigracia, si dos particulares celebran un contrato de mutuo o de compraventa. Los preceptos del derecho dan origen a relaciones de subordinación, cuando, por el contrario, las personas a quienes se aplican no están consideradas como jurídicamente iguales, es decir, cuando en la relación intervienen el Estado, en su carácter de entidad soberana, y un particular. Las relaciones de coordinación o igualdad no sólo pueden existir entre particulares, sino entre dos órganos del Estado, o entre un particular y el Estado, cuando el último no interviene en su carácter de poder soberano. *La relación es de derecho privado, si los sujetos de la misma encuéntranse colocados por la norma en un plano de igualdad y ninguno de ellos interviene como entidad soberana. Es de derecho público, si se establece entre un particular y el Estado (cuando hay subordinación del primero al segundo) o si los sujetos de la misma son dos órganos del poder público o dos Estados soberanos.*[8]

La distinción establecida por la tesis que acabamos de exponer, puede resumirse de la manera siguiente:

RELACIONES JURIDICAS DE COORDINACION		RELACIONES JURIDICAS DE SUBORDINACION	
D. PRIVADO:	E .... P.	D. PUBLICO:	E .... P.
	P .... P.		P .... E.
	P .... E.		
D. PUBLICO:	E .... E.		

El Estado puede entrar, por consiguiente, tanto en relaciones de coordinación como de supraordinación con los particulares. El problema redúcese, pues, a determinar cuál es el carácter con que figura en la relación jurídica. Pero, ¿existe un criterio firme para establecerlo? ¿Cuándo debe

[8] Una persona puede ser considerada como órgano estatal cuando, de acuerdo con la ley, realiza determinados actos que no valen como suyos, sino como actos del Estado.

el Estado ser considerado como entidad soberana, y cuándo se halla en un plano de igualdad con los particulares?

72. TESIS DE ROGUIN.—Este autor ha tratado de resolver la cuestión que acabamos de plantear, diciendo que la calidad con que el Estado interviene en la relación jurídica puede determinarse examinando si la actividad del órgano de que se trate se encuentra sujeta a una legislación especial o a las leyes comunes. Si existe una legislación especial, establecida con el propósito de regular la relación, ésta es de derecho público; si, por el contrario, el órgano estatal se somete a la legislación ordinaria (por ejemplo, cuando el Estado compra a un particular determinadas mercancías, de acuerdo con las normas del derecho común), la relación es de índole privada.[9]

73. CONCLUSION.—Creemos que ninguna de las teorías elaboradas para distinguir el derecho privado y el público, y de las cuales únicamente hemos expuesto las más conocidas, resuelve satisfactoriamente el punto. En última instancia, todas ellas hacen depender de la voluntad estatal la determinación del carácter de cada norma o conjunto de normas. Si se acepta que el criterio válido es el del interés en juego, la división se deja al arbitrio del legislador o del juez, según los casos; si, en cambio, se admite la otra teoría, reconócese implícitamente que la determinación de la índole, privada o pública, de un precepto de derecho, depende también de la autoridad del Estado. Pero entonces hay que aceptar que la distinción carece de fundamento, desde el punto de vista teórico, y sólo posee importancia práctica, primordialmente política. Nada de extraño tiene que dentro de un régimen como el nacional-socialista se declarara que tal clasificación debía repudiarse, en cuanto "ningún fenómeno de la vida privada o pública es ajeno al Estado".[10] Esta tesis implica, en última instancia, la aceptación, sin restricciones, de la tendencia que sirve de base a la doctrina tradicional.

[9] Citado por CLAUDE DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. pág. 150.

[10] NICOLAI, *El Estado en la Concepción Nacional-Socialista del Mundo*, citado en el libro de DU PASQUIER, pág. 154.

CAPITULO XI

DISCIPLINAS JURIDICAS ESPECIALES Y DISCIPLINAS JURIDICAS AUXILIARES

SUMARIO

74.—Disciplinas jurídicas especiales. 75.—Derecho constitucional. 76.—Derecho administrativo. 77.—Derecho penal. 78.—Derecho penal disciplinario y Derecho militar. 79.—Derecho procesal. 80.—Derecho internacional público. 81.—Derecho civil. 82.—Derecho mercantil. 83.—Derecho internacional privado. 84.—Ramas jurídicas de creación reciente. 85.—La Introducción al Estudio del Derecho y las disciplinas jurídicas especiales. 86.—Las disciplinas auxiliares.

74. DISCIPLINAS JURIDICAS ESPECIALES.—La distinción entre derecho privado y público es el eje en torno del cual gira la jurisprudencia técnica, en su aspecto sistemático. Cada una de las dos grandes ramas divídese en varias disciplinas, a las que suele darse el nombre de *especiales*. De acuerdo con la clasificación generalmente aceptada, pertenecen al público los derechos constitucional, administrativo, penal y procesal: al privado, el civil y el mercantil. Esta división refiérese al derecho interno, es decir, al orden jurídico de cada Estado. Pero como las relaciones jurídicas pueden rebasar el ámbito de validez de un determinado sistema de derecho, cabe hablar de aquellas disciplinas no sólo en su aspecto nacional, sino en su faceta internacional. Al lado del derecho público y el derecho privado nacionales (o internos), hay un derecho público y un derecho privado internacionales. De manera semejante, a cada subdivisión de los derechos privado y público corresponde otra paralela del internacional público y el internacional privado (penal internacional, mercantil internacional, administrativo internacional, etc.).

Infiérese de lo dicho que a la clasificación de las disciplinas jurídicas en materias de derecho público y de derecho privado se enlaza otra, que consiste en referir las normas de cada una de aquéllas al derecho interno o al interestatal. Combinando los dos puntos de vista, Du Pasquier ha trazado el siguiente cuadro:

<table>
<tr><th colspan="2">DERECHO INTERNO</th><th>DERECHO INTERNACIONAL</th></tr>
<tr><td rowspan="3">DERECHO PUBLICO</td><td colspan="2">Derecho constitucional</td></tr>
<tr><td colspan="2">Derecho penal</td></tr>
<tr><td colspan="2">Derecho administrativo</td></tr>
<tr><td rowspan="2">DERECHO PRIVADO</td><td>Ramas especiales del derecho privado.</td><td rowspan="2">Derecho internacional privado.</td></tr>
<tr><td>Derecho civil.</td></tr>
</table>

El derecho procesal no figura en la clasificación que antecede. Según Du Pasquier,[1] cada una de las ramas especiales, tanto en derecho interno como en derecho internacional, posee sus reglas procesales. No hay solamente un derecho procesal civil y un derecho procesal penal; podemos hablar, asimismo, de un derecho procesal constitucional, de un derecho procesal administrativo o de un derecho procesal internacional. El procesal pertenece al derecho público, aun en aquellos casos en que se relaciona con el derecho privado. Explicaremos el fundamento de nuestra opinión más adelante.[2]

75. DERECHO CONSTITUCIONAL.—*El derecho político o constitucional es el conjunto de normas relativas a la estructura fundamental del Estado, a las funciones de sus órganos y a las relaciones de éstos entre sí y con los particulares.* Al referirnos, en la sección 57 de esta obra, al concepto de constitución, vimos cómo puede entenderse en sentido formal o en sentido material. Desde el punto de vista formal la palabra *constitución* se aplica al documento que contiene las normas relativas a la estructura fundamental del Estado; desde el punto de vista material, en cambio, aplícase a esa misma estructura, es decir, a la organización política, a la competencia de los diversos poderes y a los principios concernientes al *status* de las personas.

De acuerdo con esta doble posibilidad, cabe hablar del derecho político tanto en sentido formal como material. La acepción en que aquel

[1] *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit,* pág. 52.
[2] Al hablar del derecho subjetivo de acción.

concepto se tome dependerá de la forma en que la palabra *constitución* se emplee.

Si entendemos el término en sentido *material*, habremos de admitir que todo Estado tiene una constitución. "Tomada, en efecto, la *constitución*, en su acepción amplia, es aplicable a todo tiempo y lugar. Se trata, entonces, de un concepto de alcance y valor muy generales y referibles no sólo a los Estados, sino a los cuerpos físicos..." "*La palabra constitución*, dice Schmitt, reconoce una diversidad de sentidos. En una acepción general de la misma, todo, cualquier hombre y objeto... puede tener una constitución. De aquí no cabe obtener ningún sentido específico. Si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitar la palabra *constitución* a la constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo." [3] Pero aun entendida de este modo, la expresión puede tomarse, según dijimos antes, tanto en sentido formal como en sentido material. En este último sentido, todo Estado tiene una constitución; en el primer sentido sólo la poseen aquellos cuya organización política aparece regulada en un documento solemne, al que se da el nombre de Constitución (ley fundamental, norma de normas).

Aun cuando todo Estado tiene —materialmente hablando— una constitución —escrita o consuetudinaria— el término *Estado constitucional* suele aplicarse únicamente a las organizaciones políticas "cuyas máximas fundamentales no sólo definen cómo deben ser elegidos o designados aquellos a quienes se confíe el ejercicio de los poderes soberanos, sino que imponen restricciones eficaces a tal ejercicio, con el fin de proteger los derechos y prerrogativas individuales y defenderlos contra cualquier acción del poder arbitrario".[4] El carácter fundamental de una constitución escrita, en sentido moderno, como dice Borgeaud, es ser "una ley de protección pública, una ley de garantías".[5]

De aquí que en los Estados Constitucionales que poseen constitución escrita, esta última tenga, al lado de la Parte Orgánica, una Parte Dogmática *(Bill of Rights)*, en donde se consagran los derechos subjetivos públicos del individuo.[6] Pero es claro que un Estado puede quedar comprendido dentro de aquella categoría aun cuando carezca, como Inglaterra, de constitución escrita. Por ello es que al definir el Derecho Constitucional como conjunto de normas relativas a la estructura fundamental del Estado, a las funciones de sus órganos y a las relacio-

---

3 A. Posada, *Derecho Político,* 5ª ed., Madrid, 1935, II, pág. 13.
4 Frases de Cooley, citado por Posada, II, pág. 15.
5 Citado por Adolfo Posada, *Derecho Político,* II, pág. 16.
6 Recuérdese lo expuesto en la sección 57.

nes de éstos entre sí y con los particulares, aludimos tanto a reglas escritas como a normas consuetudinarias.

76. DERECHO ADMINISTRATIVO.—"*El derecho administrativo es la rama del derecho público que tiene por objeto específico la administración pública.*" Esta definición, que expresa el concepto más moderno del derecho administrativo, no puede ser entendida si no se explica su última parte

Administrar significa, en términos generales, obrar para la gestión o el cuidado de determinados intereses, propios o ajenos. *La administración pública puede ser definida como actividad a través de la cual el Estado y los sujetos auxiliares de éste tienden a la satisfacción de intereses colectivos.*[7]

Para precisar el concepto de función administrativa es necesario recordar la doctrina de la división de poderes. De acuerdo con tal doctrina, las funciones del Estado pueden ser concebidas en dos sentidos diversos, uno *material* y otro *formal.* Desde el punto de vista formal, las diversas funciones son definidas de acuerdo con la índole de los poderes: así, la legislativa es atribuida al Congreso; la jurisdiccional, a los jueces y tribunales y la administrativa a los órganos ejecutivos.[8]

Esta delimitación no coincide en todo caso con la índole material de las distintas funciones. Puede ocurrir que un acto administrativo desde el punto de vista formal, sea, desde el material, jurisdiccional o legislativo, o que un acto realizado por el Congreso o por los tribunales tenga, desde el segundo punto de vista, carácter administrativo.

En los Estados modernos tanto la administración como la jurisdicción encuéntranse normativamente reguladas. Esta subordinación de las citadas funciones al orden legal es distinta en cada caso. Al ejercitar la de juzgar, el Estado persigue la realización del derecho controvertido o incierto; al ejercitar la administrativa, tiende a realizar intereses generales.[9]

Las funciones legislativa y jurisdiccional ofrecen dos características comunes: *imparcialidad* y *objetividad* (Santi Romano). Los jueces deben aplicar el derecho existente y se encuentran colocados por encima de las partes; el legislador, en cuanto tal, nunca interviene en las relaciones jurídicas que derivan de las normas por él formuladas. En

[7] SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali,* 2ª ed., Padova, 1932, pág. 1.

[8] Ver sección 56.

[9] "Solemos ordenar la diversidad de las actividades estatales en tres grupos: Legislación, Justicia y Administración. La legislación crea el derecho; la Justicia y la Admi-

cambio, al realizar la tarea administrativa, el Estado obra por sí mismo, es decir, como sujeto o parte interesada en el ejercicio de dicha función.

Los procesalistas han elaborado un criterio que permite distinguir claramente las funciones administrativa y judicial. Al realizar esta última, el Estado obra por cuenta ajena, substituyéndose a los particulares para la declaración y tutela del derecho controvertido o incierto, en tanto que, al desempeñar la primera, obra por cuenta propia.

"Cuando el Estado, dentro de los límites que le ha señalado el derecho, persigue sus intereses, desarrolla una actividad administrativa. Por el contrario, cuando interviene para procurar la satisfacción de ciertos intereses a que el titular no puede proveer por sí mismo, a causa de la incertidumbre y de la inobservancia de la norma que los protege, existe la jurisdicción. La distinción entre actividad administrativa y jurisdiccional estriba, pues, en que mientras con la primera el Estado persigue directamente sus intereses, en cuanto pueden ser directamente perseguidos, con la segunda interviene para satisfacer intereses de otro, que han quedado sin satisfacción y que no pueden perseguirse directamente.

"Administrar, aquí como en cualquier otro orden, es cuidar intereses propios; hacer justicia es intervenir en el interés de otro." [10]

La posibilidad de definir las funciones del Estado desde el doble punto de vista, material y formal, vuelve a presentarse en relación con el concepto de administración pública. En efecto, dicho concepto puede ser entendido tanto formal como materialmente.

La administración pública, en sentido material u objetivo, es la actividad del Estado encaminada a la satisfacción de intereses generales (sea cual fuere el órgano que la realice).

En sentido formal, por administración pública se entiende todo acto del poder ejecutivo (aun cuando tenga, desde el punto de vista material, carácter diverso).

Para precisar nuestra definición del derecho administrativo tendre-

---

nistración están subordinadas al mismo, pero de modo diverso; la Justicia tiene por objeto la realización del derecho discutido; la Administración, la realización del interés público, dentro del marco del derecho. A la Justicia querría el Derecho, si pudiera, prescribir, de modo unívoco, las decisiones que son conforme al Derecho; en cambio, deja a la Administración, la mayor parte de las veces, un amplio margen, dentro del cual puede moverse libremente, inspirando sus determinaciones por razones de conciencia o de utilidad pública. Para la función judicial, el derecho es de ordinario un guía, un indicador taxativo; para la Administración, en cambio y generalmente, sólo una valla, una verja; el guía de ésta es la 'razón de Estado'." GUSTAVO RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. de RECASÉNS SICHES, Madrid, 1930, pág. 191.

[10] HUGO ROCCO, *Derecho Procesal Civil*, trad. de FELIPE DE J. TENA, México, 1929, pág. 43.

mos que decidir en qué sentido ha de tomarse en ella el término *administración pública.*

Los autores no han conseguido entenderse en este punto. La mayoría se inclina, sin embargo, en favor del criterio formal. De acuerdo con este último, el derecho administrativo podría definirse como el "complejo de normas jurídicas que regula la organización y la actividad de la administración pública en sentido formal".[11]

77. DERECHO PENAL.—El criminalista español Eugenio Cuello Calón lo define como el "*conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad*".[12]

Se da el nombre de *delitos* a ciertas acciones antisociales prohibidas por la ley, cuya comisión hace acreedor al delincuente a determinadas sanciones conocidas con el nombre específico de *penas.* En la mayor parte de los sistemas jurídicos modernos tienen solamente el carácter de hechos delictuosos las acciones u omisiones que la ley considera como tales. El principio *no hay delito sin ley, ni pena sin ley,* hállase consagrado en el artículo 14 de la Constitución Federal: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata." La noción de delito que sirve de base a nuestra legislación es, por ende, puramente formal. Adoptando la definición de Cuello Calón, podríamos decir que en el derecho mexicano el *delito es una acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena.*[13]

"El delito representa generalmente un ataque directo a los derechos del individuo (integridad física, honor, propiedad, etc.), pero atenta siempre, en forma mediata o inmediata, contra los derechos del cuerpo social. Por eso es que la aplicación de las leyes penales no se deja librada a la iniciativa o a la potestad de los particulares, salvo contadísimas excepciones: aunque la víctima de un delito perdone a su ofensor, corresponde al poder público perseguir y juzgar al delincuente. De ahí que el Derecho Penal sea considerado, a justo título, como una de las ramas del Derecho Político, ya que son públicos, en definitiva, los intereses tu-

---

[11] E. AFTALIÓN y F. GARCÍA OLANO, *Introducción al Derecho,* 3ª ed., Buenos Aires, 1937, pág. 321.

[12] EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal,* t. I, pág. 8 de la 3ª ed.

[13] CUELLO CALÓN, obra citada, pág. 252.

telados y es pública la sanción *(pena, medida de seguridad)* impuesta a quien los ataca." [14]

La *pena* es definida como "*el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal*".[15] Ese sufrimiento puede consistir en la restricción o en la pérdida de ciertos bienes del sujeto sancionado, como la libertad, la propiedad, la vida, etc.

Al lado de las penas, cuya finalidad inmediata es represiva, el derecho penal establece una serie de *medidas preventivas,* o de *seguridad* (reclusión de locos, sordomudos, degenerados y toxicómanos, confinamiento, confiscación de cosas peligrosas o nocivas, vigilancia de la policía, medidas tutelares para menores, etc.).[16] De acuerdo con esta distinción puede hablarse, en consecuencia, de *derecho penal preventivo y derecho penal represivo.*

78. DERECHO PENAL DISCIPLINARIO Y DERECHO MILITAR.—"Al definir el derecho penal nos referimos al derecho penal en su sentido real y verdadero, al que tiene por fin el mantenimiento del orden jurídico. Pero junto a éste existe el llamado *derecho penal disciplinario,* proveniente del ejercicio de la potestad disciplinaria que pertenece al Estado, cuyo fin es el mantenimiento, por parte de los funcionarios, de una conducta ajustada a los deberes y obligaciones que su reglamentación profesional les impone. El derecho penal disciplinario es de naturaleza penal, pues conmina con males (correcciones disciplinarias), en el caso de ejecución de actos ilícitos (faltas profesionales); pero no obstante tal semejanza le separan hondas diferencias del derecho penal verdadero y propio, especialmente su diverso fin, pues mientras éste aspira a la conservación del orden jurídico y a su restablecimiento cuando ha sido violado por el delito mediante la conminación, imposición y ejecución de la pena, el derecho disciplinario tiende a mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y a sancionar su infracción por medio de la imposición de medidas correctivas y disciplinarias." [17]

El derecho penal común debe también ser distinguido del penal militar. Este último es definido por el tratadista francés Pierre Hugueney como el "conjunto de leyes que organizan la represión de las infracciones militares por medio de las penas".[18]

---

[14] AFTALIÓN y GARCÍA OLANO, *Introducción al Derecho,* 3ª ed., pág. 324.
[15] CUELLO CALÓN, obra citada, pág. 544 del t. I.
[16] Ver capítulo XXI.
[17] CUELLO CALÓN, obra citada, pág. 8.
[18] Citado por R. CALDERÓN SERRANO en su *Derecho Penal Militar.* Ediciones Minerva, México, 1944, pág. 22.

El derecho militar *(lato sensu)* no se reduce, sin embargo, al estudio de las leyes que castigan las infracciones militares; refiérese también, como dice el profesor Octavio Véjar Vázquez, a las normas "que coordinan, sincronizan y conciertan las relaciones derivadas de la vida marcial".[19]

En cuanto regulación jurídica de la disciplina militar, el derecho castrense norma, según el mismo autor, "la conducta personal del soldado; las relaciones recíprocas del personal militar; los deberes de los miembros del ejército; las relaciones de éstos con otros órganos del Estado y con la sociedad y, por último, la organización y funcionamiento de las instituciones armadas".

"La razón de ser del ejército y la necesidad básica de la disciplina para que pueda cumplir eficazmente los fines de su existencia, generan un orden jurídico peculiar dentro del general del Estado. En este orden jurídico especial la estimativa de la conducta militar es diferente de la de la civil, pues la ley castrense aprecia los más altos valores humanos en forma diversa y a veces antagónica a la del Código común, como ocurre, por ejemplo, tratándose de la vida, la libertad, el honor, la propiedad, el valor y la obediencia." [20] Tal diversidad de criterios axiológicos explica las peculiaridades de la legislación castrense y permite, a la vez, considerar la disciplina de que hablamos como independiente, no sólo del Derecho Penal común, sino del disciplinario de orden administrativo.[21] En su *Autonomía del Derecho Militar*, el profesor Véjar Vázquez hace un amplio examen de los criterios estimativos inspiradores de la legislación marcial y, después de mostrar las diferencias que los separan de los que sirven de base a la legislación común, llega a la conclusión de que el derecho militar —como lo indica el título de su obra— debe ser considerado como disciplina independiente o autónoma.

79. DERECHO PROCESAL.—*Es el conjunto de reglas destinadas a la aplicación de las normas del derecho a casos particulares, ya sea con el fin de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el propósito de que los órganos jurisdiccionales declaren la existencia de determinada obligación y, en caso necesario, ordenen que se haga efectiva.*

La facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales del Estado la

[19] OCTAVIO VÉJAR VÁZQUEZ, *Autonomía del Derecho Militar*, Editorial Stylo, México, 1948, pág. 14.

[20] OCTAVIO VÉJAR VÁZQUEZ, *Apuntes de Derecho Militar.*

[21] El derecho penal disciplinario difiere del disciplinario del orden administrativo, pues "comprende la actividad del inferior dentro y fuera del servicio, y concede la potestad de sancionar las faltas a todo superior y no solamente a los de elevada jerarquía". OCTAVIO VÉJAR VÁZQUEZ, *Autonomía del Derecho Militar*, pág. 32.

aplicación de normas jurídicas a casos concretos, con cualquiera de las finalidades a que acabamos de referirnos, recibe el nombre de *derecho de acción*. El deber correlativo, impuesto a los jueces y tribunales, denomínase *deber jurisdiccional*. Al cumplir tal deber, realiza el Estado una de las funciones fundamentales que le están encomendadas: la de juzgar, o *jurisdiccional*.

El vínculo que se establece entre los órganos jurisdiccionales y la persona que hace valer el derecho de acción o de defensa, llámase *relación jurídica procesal*. En su aspecto activo está constituida por las facultades legales de las partes frente a los órganos encargados de la jurisdicción y, en su aspecto pasivo, por el deber jurisdiccional de tales órganos. Se trata, como veremos en el capítulo XVII, de una relación jurídica compleja; es decir, que no se agota en un solo vínculo normativo, sino que se desenvuelve en una serie de relaciones de derecho, constitutivas del *proceso*. El derecho procesal es precisamente el conjunto de normas relativas a este último, es decir, al desenvolvimiento de la relación procesal.

El proceso puede tener una *fase declarativa* y otra *ejecutiva*. En su fase declarativa tiende al esclarecimiento de una situación jurídica controvertida o incierta; en su fase ejecutiva, su finalidad consiste en hacer valer, por el empleo de la coacción, determinados derechos cuya existencia ha sido judicialmente declarada.

El derecho procesal, en el sentido moderno del término, sólo pudo nacer al abolirse el régimen de la autodefensa. En las organizaciones sociales de épocas primitivas la tutela del derecho amenazado o lesionado no correspondía al poder público, sino a los particulares. Cuando éstos se consideraban lesionados en sus derechos, sólo disponían, para defenderse, de su propia fuerza física, o de la ayuda del grupo de que formaban parte. El resultado de las contiendas dependía, más que de la justificación de las pretensiones en conflicto, de la fuerza bruta de que pudiesen disponer los contendientes.

La función jurisdiccional aparece tan pronto como la solución de las controversias y, en general, la tutela del derecho, queda encomendada al poder público. Por ello se ha dicho que esa función resulta de la substitución de la autodefensa de los particulares por una actividad de ciertos órganos del Estado. En vez de que cada titular de derechos subjetivos se haga justicia por sí mismo, el poder público se substituye a él en esta función protectora y de manera objetiva estudia si las facultades que las partes se atribuyen realmente existen y, en caso necesario, las hace efectivas. La acción manifiéstase entonces como un *derecho autónomo*, ya que su existencia no depende de la de los derechos subjetivos materiales invocados en el proceso. El procesal es, consecuentemente, un

derecho *instrumental* o *adjetivo*, dotado de autonomía frente al *material* o *substantivo*.[22]

80. DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO.—*Es el conjunto de normas que rigen las relaciones de los Estados entre sí y señalan sus derechos y deberes recíprocos.*

Algunos autores opinan que la expresión *derecho internacional* debe ser substituida por el término *derecho interestatal*, y se fundan en que el concepto de *nación*, a que alude aquélla, no es jurídico, sino sociológico. La fuerza de la costumbre se ha impuesto, sin embargo, a la precisión del lenguaje. Antiguamente, el internacional era designado con el nombre de derecho de gentes. "La expresión *ius gentium*, que en el derecho romano tenía su significación propia, independientemente del objeto que nos ocupa, fue utilizada por el español F. Suárez (1548-1617) y el holandés Hugo Grocio (1583-1645), designando la idea de un orden jurídico no escrito para regular las relaciones entre los pueblos, idea que nació vinculada con la del derecho natural. Esta expresión tomó carta de naturaleza en la mayoría de los países, traducida a las respectivas lenguas (en francés, *droit des gens;* en inglés, *law of nations;* en español, *derecho de gentes;* en italiano, *diritto delle genti);* pero ha sido substituida modernamente por la denominación *derecho internacional (droit international, international law, diritto internazionale)*, menos en Alemania, donde perdura la expresión "derecho de los pueblos" *(Völkerrecht)*.[23]

Se ha discutido largamente el carácter jurídico de las reglas que integran el llamado derecho internacional. Si se parte del dogma de la soberanía y se toma el concepto en cuestión en un sentido absoluto, resulta imposible aceptar la existencia de un ordenamiento jurídico supraordinado a los Estados, ya que dicho ordenamiento implicaría, lógicamente, la destrucción de aquel concepto. "Si los Estados son normalmente soberanos, esto es, si constituyen el supremo poder sobre la tierra, no cabe pensar una potencia superior que establezca como poder legislativo un derecho sobre ellos, lo declare como poder judicial e imponga coactivamente su realización como poder ejecutivo." [24] El error de quienes argumentan de este modo —dice Radbruch— estriba en creer que la aparición y realización de las normas jurídicas presupone una organización de los sometidos a tales preceptos. Ya hemos visto cómo la sociedad no organizada puede producir derecho independientemente de

[22] Desarrollaremos con toda amplitud estos conceptos en el capítulo XVII, consagrado a estudiar el derecho subjetivo público de acción.
[23] T. NIEMEYER, *Derecho Internacional Público*, trad. de BALLVÉ, ed. Labor, 1925, pág. 9.
[24] RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 223.

los órganos legislativos *(derecho consuetudinario)*. Del mismo modo, la comunidad no organizada de las naciones ha podido crear, por medio de la costumbre, los principios fundamentales del derecho de gentes. Entre ellos, hay uno que ha preparado el camino para la "creación jurídica consciente": la regla *pacta sunt servanda*, es decir, el principio según el cual los pactos legalmente celebrados deben ser cumplidos puntualmente. La costumbre y los acuerdos internacionales son, por ello, las dos fuentes características de aquel derecho.

La carencia de un poder judicial y de órganos ejecutivos tampoco quita al derecho de gentes su carácter jurídico. Las normas internacionales no carecen de sanción, como a menudo se afirma. Aun cuando técnicamente muy imperfectas, tales sanciones existen. Las represalias y la guerra pueden ser jurídicamente consideradas como sanciones típicas del *ius gentium*.

"El derecho internacional no sólo carece de la diferenciación entre pena y ejecución forzosa, sino que también le falta el principio de la equivalencia entre el delito y la sanción. Es cierto que las represalias y la guerra representan dos grados diferentes de sanción, es decir, dos grados de intervención forzada en la esfera de intereses de un Estado; pero el derecho internacional no se decide en favor de una u otra de las sanciones, cuya diferencia depende de la gravedad del delito internacional contra el cual la sanción constituye una reacción. Según el derecho internacional general, el Estado lesionado queda en libertad de escoger la sanción con la cual desea reaccionar contra la persona que lo lesionó, sin tomar en cuenta la gravedad del delito, es decir, la clase de lesión. Ésta es una de las peores omisiones en la técnica del derecho internacional." [25]

81. DERECHO CIVIL.—*El derecho civil "determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana (nacimiento, mayoría, matrimonio) y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructo, etc.)".*[26] Ésta rama suele ser dividida en cinco partes, a saber:

I. *Derecho de las personas* (personalidad jurídica, capacidad, estado civil, domicilio);

II. *Derecho familiar* (matrimonio, divorcio, legitimación, adopción, patria potestad, tutela, curatela, etc.);

[25] H. KELSEN, *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*. Versión de F. ACOSTA. México, 1943, pág. 133.

[26] DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la Philosophie du Droit*, pág. 18.

III. *Derecho de los bienes* (clasificación de los bienes, posesión, propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbres, etc.);
IV. *Derecho sucesorio* (sucesiones testamentaria y legítima);
V. *Derecho de las obligaciones.*

Entre los romanos, la expresión "*ius civile*" tenía un significado diverso. El *ius civile* era el aplicable únicamente a los ciudadanos de Roma, en oposición al *ius gentium*, aplicable a los extranjeros.

82. DERECHO MERCANTIL.—Es el conjunto de normas relativas a los comerciantes y a los actos de comercio. Alfredo Rocco lo define como "*la rama del derecho que estudia los preceptos que regulan el comercio y las actividades asimiladas a él, y las relaciones jurídicas que se derivan de esas normas*".[27]

El mercantil constituye, relativamente al civil, un derecho excepcional o especial, es decir, un complejo de normas de derecho privado especiales para los comerciantes y la actividad mercantil. Por su peculiar naturaleza, las relaciones de cambio reclaman, como dice Ascarelli, una disciplina "más simple y a la vez más rigurosa que la del derecho común".[28]

En sus orígenes, el mercantil era esencialmente un derecho de los comerciantes; posteriormente, se convirtió en reglamentación jurídica de los actos de comercio, considerados independientemente de la calidad de las personas. La noción de acto de comercio constituye el concepto fundamental del derecho mercantil moderno. Dicho concepto es particularmente importante en el derecho mexicano, porque nuestro Código establece, en su artículo 1º, que sus disposiciones sólo son aplicables a los actos de comercio. De aquí que el derecho mercantil mexicano pueda ser definido como "*el conjunto de normas que se aplican a los actos de comercio sin consideración de las personas que los realizan.* Esto se deduce de los artículos 4, 1049 y 1050, y especialmente del 1º del Código de Comercio mexicano".[29]

El sistema que sigue nuestra ley es, por tanto, enteramente *objetivo*, en cuanto la realización de un acto de comercio, sea cual fuere la calidad de los sujetos que en el mismo intervienen, determina el carácter mercantil de la relación jurídica y la sumisión de ésta a los preceptos del propio ordenamiento.

---

[27] *Derecho Mercantil*, trad. GARRIGUES, Madrid, 1931, pág. 5.
[28] *Derecho Mercantil*, trad. TENA, México, 1940, pág. 3.
[29] JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, notas al *Derecho Mercantil* de Ascarelli, pág. 23.

Debe advertirse que el concepto jurídico de acto de comercio no se confunde con el económico, pues hay actos que no corresponden a este último, y tienen, desde el punto de vista jurídico, naturaleza comercial. Los de comercio, en sentido jurídico, son, en consecuencia, todos aquellos a los que el legislador —por consideraciones económicas o de cualquiera otra índole— otorga ese carácter.

Nuestra ley no define los actos de que hablamos, sino que se limita a enumerarlos.[30] Dicha enumeración posee, como afirma el profesor Rodríguez y Rodríguez, un "carácter exclusivamente *ejemplificativo y abierto*",[31] pues en la fracción XXIV del artículo 75 del Código se indica que

---

[30] Artículo 75 del Código de Comercio: "La ley reputa actos de comercio:

I.—Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimiento, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

II.—Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;

III.—Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;

IV.—Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;

V.—Las empresas de abastecimientos y suministros;

VI.—Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;

VII.—Las empresas de fábricas y manufacturas;

VIII.—Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo;

IX.—Las librerías y las empresas editoriales y tipográficas;

X.—Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas, negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;

XI.—Las empresas de espectáculos públicos;

XII.—Las operaciones de comisión mercantil;

XIII.—Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;

XIV.—Las operaciones de bancos;

XV.—Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;

XVI.—Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;

XVII.—Los depósitos por causa de comercio;

XVIII.—Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;

XIX.—Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;

XX.—Los vales u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;

XXI.—Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;

XXII.—Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;

XXIII.—La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo.

XXIV.—Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este Código. En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial."

[31] Notas a la obra de ASCARELLI, *Derecho Mercantil*, México, 1940, pág. 23.

son mercantiles todos los actos de naturaleza análoga a la de los enumerados en las precedentes fracciones del mismo precepto.

Diversos autores se han esforzado por dar un concepto jurídico del acto de comercio. Las conocidas definiciones de Thaller y Rocco [32] son, de acuerdo con Rodríguez y Rodríguez, inaplicables a nuestro derecho. "La nota esencial que encontramos en las XXIII fracciones primeras del artículo 75, y que nos ha de dar el criterio de distinción e informador de la fracción XXIV, es que todas ellas presuponen actos que se realizan en masa. Estos actos que se realizan repetidamente y de un modo igual, las compraventas en una tienda, los contratos de suministro, las construcciones, las operaciones de depósito, todos, en suma, suponen actos que se repiten del mismo modo una y mil veces. Y lo mismo que la repetición de un acto produce modificaciones psicológicas en el sujeto que lo realiza (hábito), así también la repetición en masa de determinadas operaciones jurídicas produce una adaptación, una acomodación de las normas que los regulan. El derecho tiene que tener presentes las necesidades vitales que regula y acomodarse al influjo de éstas. El derecho especial que resulta de la acomodación de las normas jurídicas a la realización de actos en masa, es el derecho mercantil. La nota común de todos los actos de comercio considerados en el artículo 75 es la de ser actos que se realizan en masa. Las operaciones mercantiles, por ser operaciones en masa, tienden a ser típicas. La tipicidad de los actos de comercio se pone de relieve en el desarrollo fabuloso de los contratos tipo en la esfera mercantil.

"Es completamente exacto que todos los actos enumerados en el artículo 75 se realizan en masa, pero no puede olvidarse que hay actos en masa no mercantiles (arrendamientos, ejercicio de algunas profesiones liberales, etc.).

"En mi opinión, es necesario completar la anterior exposición no olvidando la referencia al sujeto especial de tales actos. Es típico de los actos de comercio que se realicen en masa; pero falta como nota diferenciadora la del sujeto que los realiza: la *empresa.*[33] De este modo, conectando la realización en masa, con la presencia de un sujeto económico típico: la empresa, podemos decir que *son actos de comercio los actos en masa reali-*

---

[32] El acto de comercio —en sentido jurídico— consiste, según THALLER, en ser "un acto de interposición profesional en la circulación de productos, dinero, títulos". Según ROCCO, la nota común y esencial de todos los actos de comercio consiste "en practicar un cambio indirecto o por personas interpuestas, una función de interposición en el cambio", RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, notas al *Derecho Mercantil* de ASCARELLI, pág. 24.

[33] "Los bienes o servicios pueden producirse directamente por quien los coloca en el mercado, o pueden, en cambio, producirse recurriendo al trabajo de otro, por parte de aquel que los coloca después en el mercado. La característica del acto realizado por empresas, estriba justamente en la circunstancia de que el bien o servicio, colocados en el mercado por el empresario, se han producido recurriendo a la colaboración de otros elementos, diversos del em-

zados por empresas. La existencia de la *empresa* está explícita o implícita en todas y cada una de las fracciones del artículo 75." [34]

83. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—*Es el conjunto de normas que indican en qué forma deben resolverse, en materia privada, los problemas de aplicación que derivan de la pluralidad de legislaciones.* A estos problemas se les ha dado el nombre de problemas de aplicación de las leyes en el espacio, para distinguirlos de los relativos a la aplicación de las leyes en el tiempo.

En principio, el ámbito espacial de vigencia de un ordenamiento jurídico se halla limitado al territorio de la organización estatal a que pertenece. Gracias a esta limitación es posible la coexistencia de diversos Estados en el planeta. Pero como la actividad de las personas no se desenvuelve siempre dentro de las fronteras del Estado de que cada individuo forma parte, sino que puede desarrollarse en el extranjero o en relación con nacionales de otros países, con frecuencia se suscitan problemas sobre la ley que deba aplicarse a los actos jurídicos realizados por tales personas.

"El objeto de la ciencia denominada derecho internacional —escribe Fiore— consiste en determinar la autoridad extraterritorial de cada ley; esto es, en indagar y establecer, con arreglo a los principios del derecho, si la autoridad, la fuerza y la eficacia de todo precepto imperativo sancionado por cada legislador deben terminar en las fronteras del Estado en que se ha dictado, o deben extenderse en ciertos casos al territorio sujeto a otra soberanía; y en el supuesto de que deba admitirse la autoridad extraterritorial de la ley, precisar los límites dentro de los cuales puede aquélla ser admitida." [35]

El último capítulo de esta obra está consagrado a estudiar las reglas generales que sirven de base a la solución de tales cuestiones.

84. RAMAS JURIDICAS DE CREACION RECIENTE.—Entre las ramas jurídicas de creación reciente, las más importantes son el Derecho Agrario, el del Trabajo y el Aéreo.

---

presario. Así puede verse en la empresa una intermediación en el trabajo. Por un lado, el empresario organiza y remunera a los que concurren en la producción de los bienes o servicios ofrecidos al mercado; por otro, coloca en éste tales bienes o servicios, especulando con la diferencia entre su costo de producción y el precio a que se colocan en el mercado. El empresario se diferencia, pues, del artesano, el cual reúne en sí las funciones del empresario y las del operario." TULIO ASCARELLI, *Derecho Mercantil*, trad. FELIPE DE J. TENA, con notas de derecho mexicano por el Dr. JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, México, 1940, pág. 17.

[34] JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, notas al libro de ASCARELLI, pág. 25. ROBERTO MANTILLA MOLINA ha hecho la crítica de la tesis de RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ en el artículo titulado "Sobre la definición de acto de comercio", que apareció en el Tomo V, Núms. 18, 19 y 20, abril-diciembre de 1943, de la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.*

[35] FIORE, *Derecho Internacional Privado*, t. I, pág. 49 de la versión castellana.

A) DERECHO AGRARIO.—*El derecho agrario, también llamado derecho rural, es definido como "la rama del Derecho que contiene las normas reguladoras de las relaciones jurídicas concernientes a la agricultura".*[36]

Mendieta y Núñez lo define como "el conjunto de normas, leyes, reglamentos y disposiciones en general, doctrina y jurisprudencia que se refieren a la propiedad rústica y a las explotaciones de carácter agrícola".

"Es indispensable fijar, ante todo, la extensión del término 'agrario', para exponer un concepto sobre el derecho rural. La palabra mencionada viene del latín *agrarius*, de *ager*, campo y, en consecuencia, designa todo lo relativo al campo. Derecho agrario es, dentro de tan extenso significado, solamente el estatuto jurídico del campo. En otras palabras, se refiere a las normas legales que rigen toda relación cuyo objeto es la tierra como propiedad o como fuente económica de carácter agrícola, entendiendo ese carácter en su más amplio significado, es decir, en cuanto explotación." [37]

Según Mendieta y Núñez, dentro del concepto de agricultura no sólo debe comprenderse la cría de animales y el cultivo de vegetales, sino también el aprovechamiento de lo producido espontáneamente por la tierra, cuando se hace de manera sistemática. Quedan excluidas de aquel concepto la pesca, la caza y la minería. En cambio, la silvicultura sí pertenece al dominio de lo agrario, por la influencia que los bosques ejercen en las condiciones hidrográficas, esenciales para la agricultura.

El derecho agrario está constituido, de acuerdo con lo expuesto, por las normas relativas a la propiedad rústica, a la agricultura y ganadería, al crédito rural, al aprovechamiento de las aguas, a los bosques, a la colonización, a los seguros agrícolas y, en general, por todas las que se refieren a la agricultura.

La rama de que tratamos no ostenta en todos los países el mismo carácter. En Italia, por ejemplo, es esencialmente de derecho privado; entre nosotros, de índole pública.[38]

---

[36] Lo expuesto aquí acerca del derecho agrario, se basa en el brillante trabajo que el Profesor LUCIO MENDIETA Y NÚÑEZ publicó con el título de *Introducción al estudio del Derecho Agrario,* en los números 18, 19 y 20 de la *Revista de la Escuela de Jurisprudencia* de la Universidad de México, abril-diciembre de 1943, págs. 43 a 90.

[37] Artículo citado, pág. 43.

[38] "En nuestro concepto, el carácter prevalentemente público o privado del Derecho Agrario depende, en cada país, de los antecedentes históricos, sociales y jurídicos de la legislación respectiva. En México el Derecho Agrario tiene un carácter eminentemente público. En efecto, se deriva en su parte fundamental del artículo 27 de la Constitución Po-

B) DERECHO DEL TRABAJO.—*El derecho del trabajo, llamado también derecho obrero o legislación industrial, es el conjunto de normas que rigen las relaciones entre trabajadores y patronos.* Constituye, como dice De la Cueva, el derecho común en materia de trabajo, en tanto que el civil aparece frente a él como derecho de excepción. Los beneficios de la legislación sobre la materia no se hallan limitados, entre nosotros, a un determinado grupo de trabajadores, sino que se extienden a toda clase de obreros, jornaleros, domésticos y artesanos y, en general, "a toda persona que pone a disposición de otra su fuerza de trabajo".[39] Sólo escapan a su regulación, en determinadas condiciones, el mandato, la prestación de servicios profesionales y el trabajo de los altos empleados de las empresas.

La rama de que hablamos ha nacido como derecho de clase y tiene, por ende, el carácter de *legislación protectora* de los trabajadores. "Es un derecho protector de una clase social y se funda en la imperiosa necesidad del proletariado de mejorar su nivel de vida, en espera, y esto es lo fundamental, de que se opere la transformación del mundo hacia un régimen más justo. El derecho del trabajo no es una finalidad última, sino una ordenación transitoria, esto es, una medida exigida por una clase social para evitar la explotación de que era víctima." [40]

Lo mismo que el Derecho Agrario, el del Trabajo es considerado entre nosotros como rama del Público,[41] aun cuando, en realidad, no esté integrado exclusivamente por normas de esta índole.

---

lítica de la República. Las autoridades encargadas de tramitar los expedientes agrarios son administrativas, el procedimiento es administrativo exclusivamente ante dichas autoridades y cuando intervienen, en los casos de amparo, las autoridades judiciales, éstas son las de orden federal. El ejido, aun después de entregado a los beneficiados no constituye, como veremos oportunamente, propiedad privada absoluta y queda sujeto a constante intervención de autoridades administrativas.

También se derivan del artículo 27 constitucional las disposiciones referentes al uso y aprovechamiento de aguas federales, a los bosques, al fraccionamiento de latifundios, a la colonización, a las tierras ociosas, tierras nacionales y organización de la agricultura.

Las leyes sobre el crédito ejidal, relacionadas directamente con la organización del ejido, participan, en gran parte, del carácter público de esa organización; pero en otros aspectos tales leyes y las de crédito agrícola entran en la esfera del derecho privado.

La pequeña propiedad protegida por la Constitución y la propiedad parcelaria no ejidal, corresponden al derecho privado. En este mismo derecho se clasifican los contratos de carácter agrícola, como la aparcería y el arrendamiento de predios rústicos, no ejidales, de que se ocupa el derecho civil.

Así se comprende que no es posible definir en México el carácter del derecho agrario como público o privado exclusivamente." MENDIETA Y NÚÑEZ, *Introducción al Estudio del Derecho Agrario*, en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. V, Núms. 18, 19 y 20, pág. 48.

[39] MARIO DE LA CUEVA, *Derecho del Trabajo*, I, pág. 22 de la 2ª edición.

[40] MARIO DE LA CUEVA, *Derecho del Trabajo*, pág. 216.

[41] Éste es el criterio defendido por la Suprema Corte de Justicia en la ejecutoria de 18 de enero de 1935, dictada en el amparo promovido por Francisco Amezcua. Sobre este punto ver MARIO DE LA CUEVA, *Derecho del Trabajo*, t. I, cap. VII.

C) DERECHO AEREO.—*Es la disciplina que estudia las normas relativas a la navegación aérea, a las aeronaves y al espacio aéreo, como elementos indispensables de tal navegación.* Esas normas han sido y son contempladas por los juristas de muy diversas maneras.

"I. El legislador mexicano, que expidió una ley especial sobre aeronáutica civil en 1930, considera hoy la aeronáutica como un capítulo de la Ley de Vías Generales de Comunicación.

"II. Hotchkiss establece un paralelo entre el derecho aéreo y el ferroviario. Eugenio Spassiano afirma que todas las instituciones del aeronáutico son simples adaptaciones de las del derecho marítimo. En la Escuela Libre de Derecho de México, la nueva disciplina se enseña en el *Curso de derecho comercial terrestre, marítimo y aéreo.*

"III. Pereterski preconiza la unificación del derecho de transportes, cualquiera que sea el instrumento de locomoción empleado, lo que haría del Derecho Aéreo una de las partes de ese régimen jurídico. En Brasil, Juan Vicente Campos redactó en 1940 un proyecto de Ley Orgánica de los Transportes que incluía los que se realizan por el aire.

"IV. Scialoja y la Escuela Napolitana sostienen que la materia orgánica es la navegación, es decir, que tanto la acuática como la aérea deben ser consideradas como especies del mismo género. Esta doctrina inspiró el Código de la Navegación vigente en Italia desde 1942.

"V. Kaftal opina que "el derecho aéreo constituye en el dominio jurídico un fenómeno completamente extraordinario sin lazo alguno con el pasado", y Michel de Juglart escribe: "Pensamos que el derecho aéreo debiera ser construido sobre bases jurídicas enteramente nuevas y exigir normas jurídicas originales." [42] Ésta es también la opinión del profesor Octavio Véjar Vázquez, quien en sus *Apuntes de Derecho Aéreo* ha subrayado cuidadosamente todas las peculiaridades de la nueva disciplina.

85. LA INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Y LAS DISCIPLINAS JURIDICAS ESPECIALES.—Los cursos consagrados a las disciplinas jurídicas especiales constituyen, como es sabido, la parte central y más extensa de la enseñanza impartida en las Facultades de Derecho. Tales cursos inícianse en el primer año de la carrera y terminan en el último, durante

---

[42] OCTAVIO VÉJAR VÁZQUEZ, *Apuntes de Derecho Aéreo,* México, 1953.

el cual se estudia también la filosofía jurídica. Esta asignatura, que representa, según explicamos antes, el coronamiento de los estudios profesionales del abogado, supone el conocimiento, por parte del alumno, de las diversas ramas de los derechos privado y público, así como el de los cursos de materias filosóficas impartidas durante el bachillerato. Es verdad que se trata de una materia primordialmente filosófica; pero no es menos cierto que el objeto a que se halla referida es el derecho mismo. De aquí que implique esa doble preparación, filosófica y jurídica.

Pero como la filosofía del derecho no puede ser estudiada con fruto sino al finalizar la carrera, y los cursos especiales se inician desde el primer año, el alumno que llega a las Facultades de Jurisprudencia ha menester de una enseñanza introductoria, de carácter general, que le ofrezca una noción acerca del derecho, le ponga en contacto con los conceptos fundamentales del mismo y le brinde una visión panorámica de las distintas comarcas que forman el vasto territorio de las disciplinas jurídicas. Tal enseñanza forma el objeto de la *Introducción al Estudio del Derecho*. Por la índole de su asunto y las finalidades pedagógicas que persigue, esta materia tiene necesariamente, frente a las disciplinas especiales, carácter exclusivamente formal. Dichas disciplinas están consagradas, según lo hemos explicado, a la sistematización y exposición del contenido de un determinado ordenamiento positivo. La materia a que se refieren es, por consiguiente, el derecho que efectivamente norma la vida de una comunidad en un momento dado de su historia. No hace falta gran esfuerzo para comprender que esas disciplinas no pueden, sin traspasar sus propios límites, ofrecer al estudiante una noción universal acerca del derecho, o definir los conceptos fundamentales del mismo. Aquella noción, lo mismo que estos conceptos, no son definidos, sino *supuestos* por las disciplinas especiales. Todas ellas versan sobre distintas ramas del derecho, y en todas se trata de normas jurídicas, derechos subjetivos, deberes y sanciones; pero su objeto no consiste en decirnos qué sea el derecho (universalmente considerado) ni cómo puedan definirse los supuestos jurídicos, los derechos subjetivos, los deberes jurídicos o los sujetos de derecho. Tampoco pueden, las disciplinas especiales, dar al estudioso una visión de conjunto sobre las diversas formas del conocimiento jurídico, explicar los métodos empleados por el jurista o el filósofo del derecho, o discutir los múltiples problemas de la técnica de aplicación e integración. Estos temas forman el objeto de nuestro curso; por ello lo hemos dividido en cuatro partes: una consagrada a la definición del derecho; otra, a las disciplinas jurídicas; otra más, a los conceptos fundamentales y, la última, a la técnica de aplicación. Las

enseñanzas impartidas en relación con dichos temas constituyen la parte general del conocimiento jurídico. Aun cuando el contenido de nuestra disciplina coincide esencialmente con el de la primera parte de la filosofía del derecho, a la que hemos dado el nombre de Teoría Jurídica Fundamental, hay entre ambas una diferencia importante en la forma de enseñanza, ya que el curso introductorio, por su finalidad propia y el lugar que ocupa en el plan de estudios, debe ser mucho más elemental que el tratamiento filosófico del problema de la definición del derecho y los conceptos jurídicos fundamentales. Además, en el curso de Introducción no se toca la parte central y más difícil de la filosofía del derecho, que es la axiología jurídica.

86. LAS DISCIPLINAS JURIDICAS AUXILIARES.—Se da este nombre a las que ayudan al jurista en sus estudios acerca del derecho. Sólo nos referiremos aquí al derecho comparado, la historia del derecho y la sociología jurídica, por ser, en nuestro concepto, las más importantes.

A. SOCIOLOGIA DEL DERECHO.—Constituye, como su nombre lo indica, una de las ramas o aspectos de la sociología general. Podrá discutirse si la última representa el conjunto de las ciencias sociales particulares o es una disciplina diferente de ellas; pero en todo caso deberá admitirse que pertenece al grupo de las ciencias que en una o en otra forma tratan de explicar los fenómenos que engendra la vida común.

Para entender en qué consisten el objeto y el método de la sociología jurídica creemos necesario aludir, en primer término, a la disciplina general de que aquélla —al menos según la opinión preponderante— forma parte.

"En su sentido más amplio, puede decirse que la sociología general se ocupa del hecho de la sociabilidad del hombre como un modo de su ser y existencia. En este sentido su atención se dirige a las distintas *formas de socialización* o, dicho con otras palabras, a las distintas maneras en que los hombres aparecen agrupados o meramente relacionados. Y trata de explicarse con unos u otros medios, las causas, manifestaciones y consecuencias de esos agregados y relaciones humanas." [43]

Se suele considerar como fundadores de la sociología al filósofo francés Augusto Comte (1798-1857) y al pensador británico Herbert Spencer (1820-1903). Al primero débese la creación del neologismo que sir-

---

[43] José Medina Echavarría, *Sociología Contemporánea*, México, 1940, pág. 23.

ve de nombre a dicha disciplina. "La palabra —que se compone de los vocablos *socius*, socio, y *lógos*, tratado— apareció por primera vez, en su forma francesa *sociologie*, en el cuarto volumen de la obra de Augusto Comte, 'Curso de Filosofía Positiva', publicada en 1873. El contenido temático de esta nueva ciencia sería el estudio, desde un punto de vista positivista, de todas las leyes fundamentales de los fenómenos sociales, en contraste con los fenómenos del mundo inorgánico o físico y orgánico o biológico." [44]

Augusto Comte consideraba a la sociología como una ciencia nueva, cuyo objeto de estudio está constituido por los fenómenos sociales y cuyo método de trabajo en nada debe distinguirse del empírico-inductivo que emplean los investigadores de la naturaleza.

A fin de incluir la nueva disciplina dentro del cuadro general de los conocimientos humanos, principió Comte por elaborar su famosa clasificación serial. En ella aparecen agrupadas, por orden de complejidad creciente y generalidad decreciente, las diversas disciplinas científicas, desde la matemática, pasando por la astronomía y la física, hasta la química, la biología y la sociología.

Esta ordenación se basa en el supuesto de que es imposible reducir todos los conocimientos científicos a una disciplina unitaria, en cuanto cada una de las ciencias estudia un grupo especial de fenómenos, dotado de leyes propias y, por ende, irreductibles. Es cierto que cada ciencia puede utilizar y aplicar los principios de las que la preceden en la serie; pero su objeto fundamental estriba en descubrir y sistematizar sus propias leyes. Como la sociología se halla en la cúspide de la clasificación comtiana, resulta ser, a un tiempo, la más compleja y menos general de las disciplinas científicas, en tanto que la matemática, que ocupa el primer sitio, es de máxima generalidad y de complejidad mínima.

Las obras de los fundadores de la nueva ciencia, especialmente las de Comte y Spencer, tuvieron, de acuerdo con las amplias finalidades atribuidas por ellos a la sociología general, carácter enciclopédico; pero, en razón de este carácter, planteóse bien pronto el problema de las relaciones entre dicha disciplina y las ciencias sociales particulares. El objeto de la primera parecía confundirse con el de las últimas; había, pues, que optar entre uno de estos dos extremos: o la sociología general salía sobrando, o invadía el campo de las otras ciencias sociales constituidas antes que ella.

La preocupación de los sociólogos consistió entonces en resolver la

[44] ROBERTO AGRAMONTE, *Sociología*, 3ª ed., La Habana, 1940, pág. 10.

dificultad apuntada, a fin de asegurar la existencia de la sociología como ciencia independiente.

El más interesante de los ensayos emprendidos en este sentido fue el de los sociólogos alemanes de la llamada dirección *formalista.*[45] Simmel, el primero entre ellos, se planteó con todo rigor la cuestión de la posibilidad de la sociología como ciencia autónoma. Y creyó resolverla gracias a la distinción entre *forma y contenido* de la vida social. La sociedad existe, según Simmel, allí donde varios individuos entran en acción recíproca. La acción recíproca de unos individuos sobre otros es producida por determinados instintos o para determinados fines. "Instintos eróticos, religiosos o simplemente sociales, fines de defensa o de ataque, de juego o de adquisición, de ayuda o de enseñanza, e infinitos otros, hacen que el hombre se ponga en convivencia, en acción conjunta, en correlación de circunstancias con otros hombres; es decir, que ejerza influencias sobre ellos y a su vez las reciba de ellos". [46]

La forma de acción de unos individuos sobre otros es llamada por Simmel *socialización.* El propio autor llama *contenido* o *materia* de la socialización "a cuanto exista en los individuos (portadores concretos e inmediatos de toda realidad histórica), capaz de originar la acción sobre otros o la recepción de sus influencias; llámese instinto, interés, fin, inclinación, estado o movimiento psíquico".

"En todo fenómeno social, el contenido y la forma sociales constituyen una realidad unitaria. La forma social no puede alcanzar existencia si se la desliga de todo contenido; del mismo modo que la forma espacial no puede subsistir sin una materia de que sea forma. Tales son justamente los elementos (inseparables en la realidad) de todo ser y acontecer sociales: un interés, un fin, un motivo y una forma o manera de acción recíproca entre los individuos, por la cual o en cuya figura alcanza aquel contenido realidad social." [47]

Establecida la distinción entre forma y contenido de los procesos de socialización, declara Simmel que el objeto propio y exclusivo de la sociología está constituido por las formas que tales procesos asumen. Los contenidos que en tales formas se manifiestan no son, por sí mismos, la sociedad, ya que ésta es siempre la síntesis indisoluble de los dos elementos, formal y material. El objeto de la sociología estriba en separar

[45] Sobre esta corriente, lo mismo que sobre todas las demás de la ciencia social, tanto en Francia como en Alemania, Inglaterra, los Estados Unidos e Italia, consultar el bien documentado libro de José Medina Echavarría, *Sociología Contemporánea*, México, 1940.

[46] Jorge Simmel, *Sociología*, Buenos Aires, 1939, I, pág. 13.

[47] Simmel, obra citada, I, pág. 14.

por la abstracción dichos factores y sistematizar y someter a un punto de vista metódico las diversas formas de socialización o acción recíproca. De este modo queda acotado el campo de la sociología, sin que resulten invadidos los dominios de otras ciencias.

El programa trazado por Simmel —no desarrollado por él de manera sistemática— ha sido adoptado y desenvuelto por Leopoldo von Wiese, uno de los sociólogos modernos de mayor relieve. Aun cuando rechaza el calificativo de formalista, que suele aplicarse a su doctrina, piensa, con Simmel, que el objeto propio de la Sociología consiste en el *estudio de los procesos sociales o inter-humanos*. De acuerdo con esta idea fundamental, estima que aquella ciencia debe proponerse tres grandes tareas: 1. "*Abstraer lo social o inter-humano del resto de lo perteneciente a la vida humana. 2. Constatar los efectos de lo social y el modo como se producen. 3. En último lugar, restituir lo social al conjunto de la vida humana para hacer comprensibles sus relaciones con ésta.*" [48]

La diferencia entre la sociología general y sus ramas especiales se puede precisar, según Wiese, de este modo: aquélla estudia los procesos sociales en cada sector de la vida de los hombres y trata de descubrir lo que tales procesos tienen en común; en cambio, las sociologías especiales se ocupan de los procesos sociales en los respectivos campos de la cultura.[49] El profesor español Medina Echavarría considera que no existe ni ha existido nunca esa supuesta incompatibilidad entre la sociologia general y las ciencias sociales particulares. "Ninguno de los creadores de la Sociología pretendió que ésta absorbiera y sustituyese a las demás ciencias sociales; pues una cosa es servirse de los datos proporcionados por esas ciencias sociales y otra desplazarlas de su propio campo." [50]

Para destruir esa aparente incompatibilidad basta con tener en cuenta que la sociología general puede ser perfectamente concebida como *ciencia sintética*, que a menudo utiliza los resultados de las sociologías especiales, pero sin desplazarlas, ni invadir el área que les corresponde. Además, los conceptos sociológicos basicos y, en primer término, el de lo social, quedan fuera de la órbita de las sociologías especiales. "La prueba está en que sus resultados, supuestos válidos, aparecen aislados y sin conexión entre sí, y, por tanto, sin fructificarse recíprocamente. Esto,

---

[48] L. V. Wiese, *Sociología*, Col. Labor, pág. 17.
[49] L. V. Wiese. obra citada, pág. 19.
[50] J. Medina Echavarría, *Sociología: Teoría y Técnica*, pág. 98.

pues, de que no se ocupan las ciencias particulares, es lo que constituye precisamente la tarea de la sociología." [51]

Sea cual fuere la concepción que de esta última se tenga, en todo caso habrá que admitir que su objeto es mucho más amplio que el de cada una de las sociologías especiales, ya que la primera, como disciplina sintética, tiene que elaborar los conceptos sociológicos básicos y explicar "el hecho de la sociabilidad del hombre, como un modo de su ser y existencia", en tanto que las últimas se refieren a fenómenos sociales específicos (económicos, jurídicos, religiosos, etc.).

Refiriéndonos de manera concreta a la *sociología del derecho*, podemos definirla como *una disciplina que tiene por objeto la explicación del fenómeno jurídico, considerado como hecho social.* De la definición anterior puede inferirse fácilmente qué diferencias existen entre la sociología jurídica y la ciencia del derecho. Para esta última el derecho es simplemente un conjunto de normas; para la primera, un fenómeno social que debe ser explicado en la misma forma en que lo son los demás productos de la vida colectiva.

La consideración sociológica del derecho desentiéndese del aspecto normativo de éste, y lo estudia como hecho, es decir, como una de las formas de manifestación de la conducta humana. Así, por ejemplo: cuando se investigan las causas de la positividad del derecho, las relaciones entre el derecho legal y el realmente vivido o las condiciones de nacimiento, desarrollo o extinción de la costumbre, se hace sociología jurídica. En cambio, cuando se pregunta qué consecuencias normativas debe producir, de acuerdo con el Código Penal, la comisión de determinado hecho delictuoso, o cuáles son los tipos de sociedades mercantiles admitidas por la ley mexicana, las cuestiones planteadas pertenecen al ámbito de la jurisprudencia técnica.

"La primera y más importante función de la sociología del derecho —dice Ehrlich— consiste en ofrecer una exposición de los elementos comunes en las relaciones jurídicas, sin referencia al derecho positivo que las gobierna, y estudiar los elementos peculiares de cada relación con referencia a sus causas y efectos." [52] La Sociología Jurídica es, por tanto, no una disciplina normativa, sino una ciencia explicativa. No le interesa lo que según los códigos deba hacerse en tales o cuales circunstancias, sino el contenido real de las relaciones jurídicas entre los hombres —*el derecho viviente,* como dice Ehrlich—, lo mismo que el

---

[51] J. Medina Echavarría, obra citada, pág. 98.

[52] Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law,* Cambridge, Massachussets, 1936, pág. 478.

descubrimiento de las causas y factores determinantes de dicho contenido." [53]

B. HISTORIA DEL DERECHO.—La historia del derecho, como su nombre lo indica, es una rama o capítulo de la historia general. Antes de señalar el objeto de estudio de la primera, convendrá, pues, de acuerdo con el mismo método que empleamos al hablar de la Sociología Jurídica, decir algunas palabras acerca de la historia, genéricamente considerada.

De acuerdo con la concepción tradicional, suele ésta ser definida como la *narración de los sucesos ocurridos en el pasado.* La definición es, en realidad, demasiado amplia, pues la historia no se refiere, ni podría hacerlo, a todos los sucesos pretéritos. La definición clásica únicamente tiene validez con tres restricciones:

1. La primera obedece a la limitación de los conocimientos humanos acerca del pasado. Los conocimientos propiamente históricos sólo alcanzan hasta donde llega el testimonio escrito.

2. La segunda es puramente convencional, y consiste en referir la historia exclusivamente a sucesos humanos. Teóricamente, nada impide concebir una historia no referida a la existencia del hombre. En su célebre obra *De Dignitatis et Augmentis Scientiarum*, Lord Bacon decía, por ejemplo, que la "historia es natural o civil. En cuanto a la división de la natural, sacámosla del estado y la condición de la naturaleza, la cual puede hallarse en tres estados diferentes y sufrir en cierto modo tres especies de regímenes. Porque, o es libre la naturaleza y se desarrolla en su curso ordinario, como en los cielos, los animales, las plantas y todo lo que se presenta a nuestra vista, o es, por virtud de la mala disposición y lo reacio de la materia rebelde, arrojada fuera de su estado, como en los monstruos, o, por último, en razón del arte y la industria humana, se constriñe, modela y en cierto modo rejuvenece, como en las obras artificiales.

"En la historia civil se relatan las hazañas del hombre. Sin duda, las cosas divinas no brillan en la historia natural como en la civil; de

[53] "El derecho viviente es el que domina la vida misma, aun cuando no haya sido formulado en proposiciones legales. Las fuentes de nuestro conocimiento de este derecho son, en primer término, los documentos jurídicos modernos; en segundo lugar, la observación directa de la vida, del comercio, de los usos y costumbres y de todas las asociaciones, no sólo de las reconocidas por la ley, sino también de las que no ha tomado en cuenta o ha hecho a un lado, lo mismo que de las de aquellas a las que ha negado su aprobación." EHRLICH, obra citada, pág. 493.

suerte que constituyen también una especie propia de historia que, comúnmente, se llama sagrada o eclesiástica." [54]

3. La tercera limitación es la más importante, porque al historiador no le interesan todos los hechos ocurridos en el pasado, sino únicamente aquellos que han ejercido influencia considerable en el curso general de la vida humana. La historia sólo debe relatar, como decía Bacon, "las hazañas" del hombre.

Al hablar, en el capítulo IX, de la distinción establecida por Windelband entre disciplinas nomotéticas e idiográficas, señalamos ya las características esenciales del conocimiento histórico. A diferencia de la investigación científica, que tiende a la aprehensión de relaciones generales y a la formulación de leyes, la historia se atiene a lo particular, a lo único, a lo intuitivo. "En tanto que las ciencias estudian lo que se repite universalmente, lo que es una vez, y más veces, y siempre, la historia se refiere a lo único, a lo que nunca vuelve a ser como fue."

"En tanto que las ciencias son dueñas del tiempo, y para prever el futuro se desarrollan, la historia pone su mirada en el pasado, y sólo el pasado investiga y a él se contrae." [55]

Los hechos históricos ofrecen, dice Antonio Caso, tres características esenciales, a saber: preteridad, unicidad e individualidad. Preteridad, en cuanto no hay historia del presente ni del futuro; unicidad, en cuanto los hechos históricos no se repiten; individualidad, en cuanto la historia no se interesa por lo que los hechos pasados tienen en común, sino exclusivamente por lo que en ellos hay de diverso, de irreductible, de único.

Estas características han dado lugar a la cuestión, siempre debatida, de si la historia es o no es ciencia. Pues resulta indudable que el conocimiento histórico no tiene cabida dentro del concepto aristotélico de ciencia. Si, como decía el Estagirita, no hay ciencia de lo particular como particular, tampoco habrá ciencia de lo histórico, porque la historia se refiere precisamente a lo particular y nunca a lo genérico. Así, pues, habrá que optar por cualquiera de estos extremos: o se amplía el concepto aristotélico de ciencia, o la historia no es científica. Windelband ha optado, según vimos antes, por el primer extremo; la mayoría de los autores se decide por el último.

Schopenhauer acuñó una expresión que ha hecho fortuna: *la historia* —decía— *es un saber, no una ciencia.* Se trata, según la fórmula de Caso, de un tipo irreductible de conocimiento.

---

[54] Citado por ANTONIO CASO, *El concepto de la Historia Universal,* México, 1923, pág. 120.
[55] CASO, obra citada, pág. 70.

"La historia —escribe este último— es una imitación creadora; no una invención como el arte, ni una síntesis abstracta como las ciencias, ni una intuición de principios universales como la filosofía." [56]

El método histórico tiene incuestionablemente un aspecto científico, en cuanto la tarea del historiador debe principiar por la selección de los datos y la depuración de los testimonios; pero este esfuerzo erudito no basta; una vez reunidos todos los materiales, el trabajo histórico sólo puede realizarse mediante la reconstrucción de los hechos pretéritos, en su individualidad característica. Y este último esfuerzo es esencialmente, como dice Antonio Caso, de carácter estético. "Sólo por la intuición se alcanza; sólo por el genio poético se cumple."

Una vez limitado el objeto de la historia, parece de interés secundario la discusión sobre si tiene o no tiene carácter científico. Pues es obvio que la conclusión a que se llegue dependerá, *a fortiori*, del concepto de ciencia de que se parta.

Si volvemos ahora a la historia del derecho, podremos decir que es *una disciplina cuyo objeto consiste en el conocimiento de los sistemas jurídicos del pasado.* Al referirse a los derechos de épocas pretéritas, el historiador sólo podrá, si quiere hacer historia, considerar a éstos en su unicidad e individualidad características, es decir, como productos culturales que han existido una vez y no habrán de repetirse nunca. La sociología jurídica puede también referirse a los ordenamientos jurídicos del pasado, pero, cuando lo hace, aplica al estudio de los mismos un método completamente distinto, y no dirige su interés a lo que esos sistemas tienen de individual, sino a las causas y factores determinantes de su aparición o de sus cambios. "La historia del derecho nos pondrá de manifiesto los acontecimientos de producción y modificación del derecho en su propia individualidad real: ofrecerá la película del desenvolvimiento del derecho encajado en el resto de los hechos históricos. La sociología del derecho versará, no sobre la sucesión de acontecimientos singulares en un determinado proceso histórico, sino sobre la realidad social del derecho y sobre la disposición y el funcionamiento general de los factores que intervienen en su gestación y evolucción." [57]

C. DERECHO COMPARADO.—Como su nombre lo indica, esta disciplina consiste en el *estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos de diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las diferencias que entre ellos existen, y derivar de tal examen*

[56] ANTONIO CASO, obra citada, pág. 136.
[57] RECASÉNS SICHES, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1936, pág. 27.

conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma.

El simple parangón de instituciones o sistemas de épocas y lugares diferentes tendría un valor muy escaso si de él no se derivasen conclusiones, teóricas y de orden práctico. El examen comparativo de derechos o de instituciones jurídicas distintos debe emprenderse, según Scialoja,[58] con las siguientes finalidades:

1. Dar al estudioso una orientación acerca del derecho de otros países;

2. Determinar los elementos comunes y fundamentales de las instituciones jurídicas y señalar el sentido de la evolución de éstas;

3. Crear un instrumento adecuado para futuras reformas.

El derecho comparado, como disciplina científica, es de creación muy reciente. Sus primeros gérmenes aparecen en el curso del siglo pasado, y sólo alcanzan a desarrollarse conforme se debilitan la dominación y el prestigio de la Escuela Exegética.

Naojiro Sujiyama, profesor de la Universidad Imperial de Tokio, estima que "el nacimiento efectivo del derecho comparado data de un Congreso Internacional de derecho comparado que se reunió en París el año de 1900. La disciplina del derecho comparado, aunque haya tenido algunas oscilaciones intermitentes, no ha cesado de progresar desde dicha fecha y de difundirse continuamente.

"Pero, por otra parte, como contrapeso de este prodigioso desenvolvimiento, ha tenido que sufrir una tan extremada diversidad de escuelas, al menos de tendencias o de tesis, que se podría decir casi caótica." [59]

El profesor Sujiyama ha emprendido un interesante ensayo de clasificación de esas diversas tendencias. De su estudio se colige que las discrepancias surgidas entre los autores no se refieren al *objeto inmediato* del derecho comparado, sino a las *finalidades* a que debe servir el análisis de las notas comunes y diferencias de los sistemas jurídicos de distintos países y tiempos.

---

[58] Citado por JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ en su estudio *El Problema del Método en la Ciencia Jurídico-Mercantil*, del volumen *Concepto y Métodos del Derecho Comparado*, México, 1941, pág. 27.

[59] *Ensayo de una concepción sintética del Derecho Comparado*, en la colección de estudios titulada *Concepto y Métodos del Derecho Comparado*, pág. 41.

El *objeto inmediato* de la disciplina queda indicado en la siguiente definición, propuesta por el propio Sujiyama: "El derecho comparado consiste en comprobar positivamente, por medios determinados y con un objeto fijo, lo que hay de particular y lo que hay de común entre dos o varios derechos nacionales o supranacionales, tomados en el más amplio sentido de la palabra."[60]

Pero las divergencias principian apenas se trata de inquirir cuál es ese "objeto fijo" o, dicho mejor, cuál el fin a que tiende o debe tender el establecimiento de las semejanzas y diferencias entre dos o más derechos.

Las diversas finalidades asignadas a la citada disciplina por las escuelas y tendencias más importantes pueden resumirse así, según el autor que hemos venido citando:

1. Investigar la esencia del derecho y las leyes o ritmos de su evolución.

2. Investigar el mismo derecho positivo, ya sea comparando diversos sistemas jurídicos, distintos grupos de sistemas o diferentes conceptos jurídicos, ordenados por categorías.

3. Hacer efectivos los progresos del derecho positivo.

En lo que toca a la extensión concedida al objeto del derecho comparado y al método comparativo, Sujiyama establece las siguientes clasificaciones:

Primera clasificación.—Se hace desde el punto de vista de las ramas del derecho a que ha de aplicarse el método comparativo. Para algunos autores, todas ellas pueden formar indistintamente el objeto del derecho comparado; otros piensan que si no se limita el objeto de éste a ciertos campos, es necesario emprender estudios distintos en relación con cada materia.

Segunda clasificación.—Se establece según que se limite la comparación a legislaciones de tendencias similares o se extienda a sistemas de tipos diferentes.

Tercera clasificación.—Consiste en dividir las escuelas o tendencias en el grupo de las que tienden a la comparación de las legislaciones en su

[60] Obra citada, pág. 43.

conjunto, y el de las que se preocupan solamente por la comparación de determinadas materias.

Cuarta clasificación.—Consiste en agrupar, por una parte, las tendencias o escuelas que estudian únicamente las relaciones jurídicas internas y, por otra, las que consideran a un tiempo las internas y las externas

Algunos autores estiman que la comparación debe limitarse a las legislaciones de diferentes países y épocas; otros, como Eduardo Lambert y Georges Cornil, sostienen que el estudio comparativo debe referirse, para ser completo, a la costumbre, a las decisiones judiciales y a la doctrina de los juristas.

"Para tener un concepto exacto del grado de uniformidad de la reglamentación jurídica en un campo determinado, no basta considerar la legislación, sino que es preciso agregarle la interpretación judicial o jurisprudencial. Por ello no es sorprendente encontrar a Eduardo Lambert entre los creadores de la *Colección Internacional de Jurisprudencia del Trabajo* que, desde 1925, publica cada año el resultado del resumen de la jurisprudencia alemana, inglesa, francesa, italiana y americana, relativa al régimen del trabajo. Por otra parte, en el cuadro más amplio de conjunto del derecho privado, la imponente publicación del profesor Salvador Galgano prosigue desde 1927 una revista detallada de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de la mayor parte de las naciones, bajo el título de *Anuario de Derecho Comparado y de Estudios Legislativos.*" [61]

Los estudios de Derecho Comparado realízanse en la actualidad, a través de numerosos organismos, en los principales países del globo. Además de los Institutos que en forma exclusiva se consagran a dichos trabajos, existe gran número de publicaciones y revistas sobre la materia, como la colección de Borchardt titulada *Die Handelsgesetze der Erdball (Las leyes comerciales del mundo)*; la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschatf (Revista de Ciencia Jurídica Comparada)*; la *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Revista de Derecho Privado, extranjero e internacional)*; el *Annuario di diritto comparato*, publicado en Italia, y las publicaciones francesas *Annuaire de Législation étrangère y Bulletin mensuel de législation comparé.*[62] En nuestra Facultad existe, desde el año de 1940, un Instituto de Derecho Comparado, cuya finalidad estriba en la organización y fomento de los estudios a que alude su nombre.

---

61 *La complejidad de las fuentes del Derecho Comparado*, en *Concepto y Métodos del Derecho Comparado*, pág. 111.

62 Datos tomados del estudio de JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, citado anteriormente.

TERCERA PARTE

LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES

CAPITULO XII

SUPUESTOS Y HECHOS JURIDICOS

SUMARIO

87. LA NORMA DE DERECHO Y LOS SUPUESTOS JURIDICOS.—En la sección 8 de esta obra llegamos a la conclusión de que todo juicio normativo expresa uno o varios deberes, cuya actualización depende de que se realicen ciertos supuestos que la misma norma establece. De acuerdo con este principio, se ha dicho que las reglas que integran el orden jurídico positivo son imperativos hipotéticos. Sólo que en la frase anterior la última expresión no se usa en sentido kantiano.[1] Llamamos imperativos hipotéticos a los juicios que postulan un deber condicionado.

Las normas jurídicas genéricas encierran siempre una o varias hipótesis, cuya realización da nacimiento a las obligaciones y los derechos que las mismas normas, respectivamente, imponen y otorgan. Encontramos aquí una diferencia capital entre los supuestos morales y jurídicos. Los primeros condicionan la producción de deberes; los segundos, al realizarse, engendran deberes y derechos. O, como dice Petrasizky: [2] las normas morales son imperativas, las jurídicas tienen carácter imperativo-atributivo.

Según Kelsen, la estructura lógica de éstas puede resumirse así: "en determinadas circunstancias, un determinado sujeto debe observar tal o cual conducta; si no la observa, otro sujeto, órgano del Estado, debe aplicar al infractor una sanción".

---

[1] Ver secciones 6 y 8.

[2] Citado por GURVITCH en su obra *L'idée du droit social*, pág. 105.

El enunciado corresponde, según el jurista vienés, a la norma jurídica completa o total, y se descompone en dos proposiciones parciales. No estamos de acuerdo con esta doctrina kelseniana porque, según lo dijimos en otro lugar, ciertas normas jurídicas carecen de sanción. Ahora bien: si se acepta la existencia de preceptos jurídicos no sancionados, tendrá que admitirse igualmente que la fórmula: *Si A es, debe ser B,* enuncia una regla jurídica completa. Además, necesario será reconocer que la segunda norma, para merecer el calificativo de jurídica, tendrá que encontrarse sancionada por una tercera, y ésta por otra, y así indefenidamente. Lo dicho no excluye la posibilidad de que dos preceptos se encuentren ligados entre sí de tal manera, que el incumplimiento de los deberes impuesto por uno de ellos constituya el supuesto jurídico del otro. La relación de este tipo no es, empero, necesaria.

Los autores modernos no suelen emplear el término *supuesto jurídico.* Prefieren la denominación tradicional *hecho jurídico (fait juridique, fatto giuridico, Tatbestand).* El profesor Fritz Schreier usa también esta última, a pesar de que, en su opinión, es incorrecta. La terminología usual fomenta la confusión entre el supuesto de derecho, como *hipótesis* contenida en una norma, y el *hecho* de la realización de tal hipótesis. Aclaremos lo dicho por medio de un ejemplo. El artículo 67 de la nueva Ley Federal del Trabajo, en su párrafo segundo, prescribe que "las horas de trabajo extraordinario se pagarán con un ciento por ciento más del salario que corresponda a las horas de la jornada". El supuesto de tal prescripción es que un obrero labore un número de horas mayor que el señalado para el correspodiente tipo de jornada (diurna, nocturna o mixta). Trátase de una *hipótesis normativa,* que no debe ser confundida con el *hecho real* de que tal o cual trabajador trabaje tal o cual número de horas extraordinarias al servicio de tal o cual patrón.

El supuesto es comúnmente definido como *un hecho que produce un efecto jurídico.* De acuerdo con esta definición, el género próximo del concepto que examinamos es la noción de hecho. Constituye sin embargo un grave error creer que los supuestos jurídicos refiérense, en todo caso, a acontecimientos reales provistos de consecuencias normativas. Para demostrar el equívoco de la teoría tradicional examinaremos con mayor detenimiento qué entienden los autores por la palabra *hecho.* Enzo Enríquez dice que se trata de "cualquiera transformación de la realidad".[3] Otros juristas hablan de una "transformación del mundo exterior". En estas definiciones hállase implícita la idea de que un hecho

[3] ENZO ENRÍQUEZ, *La sentenza come fatto giuridico,* pág. 21.

es un suceso temporal y espacialmente localizado, que provoca, al ocurrir, un cambio en lo existente. Declárase que cuando la ley enlaza a un acontecer de esta especie consecuencias normativas, aquél se transforma en *hecho jurídico*. La teoría es de una seductora sencillez, mas no explica o, mejor dicho, parece ignorar, la existencia de numerosos supuestos que no aluden a hechos reales, es decir, a modificaciones del mundo externo insertas en el espacio. Ciertos supuestos jurídicos están constituidos por realidades de otra índole, a las que sólo impropiamente podemos dar el nombre de hechos. Puede tratarse, por ejemplo, de un derecho subjetivo que desempeñe el doble papel de consecuencia y supuesto en diferentes relaciones. O bien, de una situación jurídica a la que la ley vincule consecuencias normativas. Pero una situación jurídica o un derecho subjetivo no son hechos, ni transformaciones de la realidad, ni se hallan tampoco espacialmente circunscritos. Sin embargo, condicionan el nacimiento de facultades y deberes. El artículo 34 de la Constitución Federal, verbigracia, dice que "son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: I. Haber cumplido 18 años y II. Tener un modo honesto de vivir". La disposición anterior revela que la nacionalidad es, en nuestro derecho, uno de los supuestos condicionantes de la ciudadanía. Ahora bien: la nacionalidad no es un hecho natural, sino una situación jurídica. Es cierto que ésta se encuentra condicionada por una serie de hechos; pero también es verdad que no se confunde con ellos. Un ejemplo más: el derecho del dueño de un parque, de elegir entre pasear o no pasear por éste (derecho de libertad), tiene como supuesto otro derecho de aquél, el de propiedad sobre el inmueble.[4] No sería correcto, sin embargo, considerar como hechos reales las facultades del propietario.

Conviene, en consecuencia, substituir la denominación hasta ahora empleada por el término *supuesto jurídico* y reservar el nombre de hechos jurídicos para los que realizan los supuestos normativos. El supuesto es uno de los elementos integrantes del precepto de derecho, y su importancia es capital, ya que señala los requisitos que condicionan las facultades y deberes establecidos por el mismo precepto. En este punto no podemos dejar de subscribir la tesis defendida por Korkounov, según la cual toda norma jurídica genérica consta de dos partes, *hipótesis y disposición*.[5] La primera coincide con lo que nosotros llamamos *supuesto jurídico*, y puede definirse como el conjunto de condiciones de

[4] Ver capítulo I.

[5] "Las normas jurídicas son condicionales. Todo precepto de derecho se compone de la definición de las condiciones de aplicación de la regla jurídica y de la exposición de la regla misma. El primero de estos elementos de derecho puede expresarse de la siguiente manera:

cuya realización depende la vigencia de la segunda. Esta última indica qué consecuencias normativas se encuentran determinadas por la realización del supuesto. Tomando en consideración las definiciones propuestas por el jurista ruso, pensamos que no hay inconveniente en usar como sinónimos los tecnicismos *supuesto jurídico* e *hipótesis jurídica.* La denominación *condición jurídica,* que utilizan algunos juristas germánicos, se presta a confusiones, en cuanto generalmente ha sido aplicada a una categoría especial (condiciones suspensivas, modificativas, resolutorias). Tampoco creemos recomendable la terminología de Francesco Invrea. Al referirse este autor a los supuestos de derecho les da el nombre de *títulos jurídicos.* La citada expresión es equívoca, pues, como el mismo jurista lo reconoce, posee dos significaciones enteramente diversas: en una primera acepción quiere decir "hecho constitutivo de un derecho" o "causa eficiente de éste"; en un segundo sentido, equivale a documento probatorio.[6] Por otra parte, suele aplicarse solamente a los hechos constitutivos de derechos, no a los condicionantes de obligaciones.

88. SUPUESTOS JURIDICOS Y CONSECUENCIAS DE DERECHO.—Hemos definido el supuesto jurídico como la *hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma.* La citada definición revela el carácter necesario del nexo entre la realización de la hipótesis y los deberes y derechos que el precepto respectivamente impone y otorga. Las consecuencias a que da origen la producción del supuesto pueden consistir en el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de facultades y obligaciones.

Mucho se ha discutido acerca de la índole del vínculo que une los supuestos y las consecuencias normativas. Algunos autores lo comparan al que existe entre las causas y los efectos, en el ámbito de la naturaleza. Veamos qué enseñanzas puede ofrecernos ese paralelo.

Según el físico alemán Helmholtz, la ley natural establece que "a

---

Si... entonces... Ejemplo: si el difunto tiene varios hijos, los bienes serán divididos por partes iguales. Si alguien comete el delito de robo, debe sufrir tal o cual pena corporal. Sólo que no todo artículo de un texto legal contiene necesariamente los dos elementos de que hemos hablado. En efecto, la norma puede hallarse expuesta en varios artículos; en tal caso, uno de ellos contendrá la hipótesis, y el otro la disposición." *Cours de théorie générale du droit.* París, 1914, 2° ed., pág. 195.

6 "En el derecho romano y el latino clásico la palabra *titulus* no tenía el significado, que adquirió más tarde en el derecho intermedio, de *hecho constitutivo de un derecho,* o sea, de causa eficiente o productora del mismo. En italiano, la palabra *titolo* se emplea, tanto en el lenguaje jurídico como en el vulgar, en los sentidos de *causa eficiente* y *documento probatorio.*" FRANCESCO INVREA, *La parte generale del diritto.* Cedam, Casa Editrice Ant. Milani, Padova, 1935, pág. 163, en nota.

determinadas condiciones (que en cierto respecto son iguales), se hallan necesariamente unidas determinadas consecuencias (que en otro cierto respecto también son iguales)".[7] Expresado en otro giro: al presentarse la causa, el efecto prodúcese fatalmente, si las condiciones que la ley enuncia no varían.

Parafraseando la fórmula de Helmholtz podría decirse que toda norma estatuye que a determinados supuestos (que en cierto respecto son iguales), impútanse determinadas consecuencias (que en otro cierto respecto también son iguales).

¿Qué diferencia hay entre los dos enunciados?... Desde el punto de vista gramatical, ninguna. Trátase de juicios expresados hipotéticamente. Pero, en tanto que el primero alude a un nexo necesario entre fenómenos, el segundo se refiere al enlace normativo de una hipótesis y una o varias consecuencias de derecho. El efecto sigue a la causa de manera ineluctable; la consecuencia jurídica debe en todo caso enlazarse a la realización del supuesto, aunque, de hecho, puede ocurrir que aquélla no se produzca.

Un par de ejemplos aclarará lo dicho. La física enseña que si sometemos un cuerpo a la influencia del calor, aumentará de volumen. He aquí una ley natural que, para mayor sencillez, hemos expresado al estilo de Helmholtz, es decir, en forma hipotética. El Código Civil del Distrito Federal prescribe, también hipotéticamente, que si alguien descubre un tesoro en terreno ajeno, tendrá derecho a la mitad del tesoro, y estará obligado a entregar el resto al dueño del predio.[8] Obsérvese cómo, en ambos ejemplos, se trata de sendas suposiciones. El físico dice: "si un cuerpo es sometido a la influencia del calor..."; la norma jurídica ordena: "si alguien encuentra un tesoro en terreno ajeno..." Las dos hipótesis son posibles, aun cuando lo último resulte mucho más difícil. Imaginemos que dichas hipótesis se realizan. Una persona coloca un termómetro sobre una flama. El calor provocará necesariamente la dilatación de la columna de mercurio. Si el experimento se repite un millón de veces, la ley natural quedará confirmada otras tantas. Segundo ejemplo: un hombre descubre un tesoro en un predio que no le pertenece. Si la hipótesis anterior se presentase un millón de ocasiones, es seguro que las consecuencias jurídicas del hallazgo no quedarían cumplidas en todos los casos. Esto es obvio; las consecuencias de un determinado supuesto deben ser realizadas siempre por

[7] Citado por KELSEN en su obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, página 5.
[8] Artículo 877 del Código Civil del D. F.

el sujeto del deber; pero es posible que el obligado no proceda de acuerdo con lo prescrito.

De lo anterior se infiere otra diferencia capital entre leyes naturales y normas jurídicas: el efecto de una causa puede ser un fenómeno puramente natural, independiente de la actividad humana (la caída de un cuerpo, por ejemplo); las consecuencias jurídicas, en cambio, consisten en obligaciones o derechos, es decir, en exigencias o facultades que únicamente tienen sentido relativamente a las personas.

89. LA LEY DE CAUSALIDAD JURIDICA.—Siguiendo el paralelo entre ley natural y norma, Fritz Schreier habla de la ley de causalidad jurídica, que puede expresarse así: no hay consecuencia jurídica sin supuesto de derecho. O, en otra forma: toda consecuencia jurídica hállase condicionada por determinados supuestos.[9] (Aludimos a la oposición entre necesidad condicionada y deber condicionado, que corresponde a la distinción entre reglas técnicas y preceptos jurídicos).

La ley de causalidad jurídica posee el siguiente corolario: si la condición jurídica no varía, las consecuencias de derecho no deben cambiar. Todo cambio en las condiciones jurídicas determina una modificación en las consecuencias.

¿Hasta qué punto es correcta la terminología forjada por Schreier?... ¿Son de la misma índole la relación que une las causas y los efectos, en el ámbito de la naturaleza, y la que media entre el condicionante y las consecuencias, en la esfera jurídica?... Hay que advertir, desde luego, que en el primer caso se trata de un vínculo entre fenómenos naturales y, en el segundo, del enlace entre la realización de una hipótesis y determinados derechos y deberes. La semejanza que las dos relaciones ofrecen estriba en su carácter necesario; pero una es relación entre hechos, en tanto que la otra es puramente normativa. Recuerde el lector la disposición del Código Civil según la cual, cuando los perros de caza penetran en un terreno ajeno y causan daños en dicho terreno, el cazador está obligado a indemnizar al dueño del predio. Supongamos que la hipótesis que esa

---

[9] "La citada ley no es un *analogon* de la causalidad natural, como piensa Zitelmann, sino que deriva de la esencia de la relación o, dicho de otro modo: se trata de un simple juicio analítico. De la esencia de la relación recíproca depende también la verdad del segundo principio, que representa una inversión del primero: 'Toda transformación del supuesto jurídico produce una transformación en la consecuencia de derecho.' Conviene recordar en este punto que el supuesto jurídico no es otra cosa que un hecho jurídicamente relevante y que, por tanto, la transformación o extinción del hecho natural no ejerce influencia alguna en las consecuencias jurídicas. Esta ley debe tenerse muy presente en el desarrollo de las siguientes consideraciones. El fallecimiento real del ausente, verbigracia, es jurídicamente irrelevante mientras no existe una declaración de muerte." *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, pág. 11.

norma establece se realiza. Tendremos entonces que distinguir con todo cuidado:

1º El supuesto jurídico, como simple hipótesis.

2º La realización de ésta.

3º La actualización de las consecuencias de derecho (obligación del cazador de indemnizar al dueño del terreno; derecho del dueño a la indemnización).

4º La realización o no realización de las consecuencias jurídicas (cumplimiento del deber de indemnizar y ejercicio del derecho correlativo).

La relación entre el supuesto jurídico y su realización efectiva es contingente. Esto significa que la existencia de la norma no determina el hecho de la realización del supuesto.[10] La hipótesis de que los perros de caza penetren en un terreno ajeno y causen tales o cuales daños, puede realizarse o no realizarse.

El enlace entre la realización del supuesto y la producción de las consecuencias jurídicas es, en cambio, necesario. Expresado de otro modo: al realizarse la hipótesis normativa (es decir, cuando los perros de un cazador entran en un terreno de otra persona y causan daños), *ipso facto* queda aquél obligado a indemnizar al dueño del predio, y éste adquiere el derecho de exigir que se le indemnice.

Por último: el vínculo entre las consecuencias de derecho y su realización efectiva es contingente, ya que el cazador puede (aunque no deba) dejar de cumplir con su obligación, y el dueño abstenerse de ejercitar su derecho. La existencia de un deber jurídico no implica su observancia, ni la adquisición de un derecho determina en todo caso su ejercicio. Es posible tener obligaciones y no cumplirlas, o tener derechos subjetivos y no hacerlos valer.

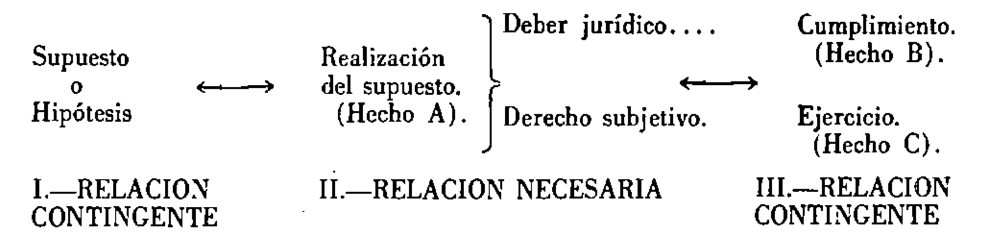
ENLACE CAUSAL

Hecho A. . . . . Hecho B.

(Causa) relación necesaria (Efecto)

[10] Hay ciertos supuestos que no pueden dejar de realizarse (por ejemplo: la muerte de las personas, el término); pero, en tales casos, la realización de dichos supuestos no es un efecto o resultado de la hipótesis normativa, sino consecuencia de la naturaleza de las cosas.

ENLACE JURIDICO NORMATIVO



90. SUPUESTOS JURIDICOS SIMPLES Y COMPLEJOS.—Los supuestos jurídicos pueden ser *simples* o *complejos*. Los primeros están constituídos por una sola hipótesis; los segundos se componen de dos o más supuestos simples. Como ejemplo de aquéllos citaremos la mayoría de edad o la muerte de las personas; de éstos, el homicidio calificado.

En el caso del homicidio calificado, el supuesto jurídico complejo encierra las siguientes hipótesis:

a) El homicidio.

b) La premeditación.

c) La alevosía.

d) La ventaja.

91. HECHOS JURIDICOS DEPENDIENTES E INDEPENDIENTES.—Los hechos jurídicos, dice Schreier, divídense en *dependientes* e *independientes*.[11] Adoptando la fórmula de Husserl definiremos los primeros como "aquellos en relación con los cuales vale la ley de que sólo pueden existir como partes de un todo".[12] Hechos jurídicos independientes son los que producen por sí mismos consecuencias de derecho, sin necesidad de hallarse unidos a otros. Aquéllos son, según la terminología de Invrea, *títulos jurídicos imperfectos*; éstos, *títulos jurídicos perfectos*.[13]

Pongamos un ejemplo. La celebración del contrato de trabajo da nacimiento a determinados derechos y deberes, sin necesidad de hallarse ligada a otro u otros hechos. En cambio, un accidente sufrido por un trabajador en el desempeño de sus labores no provoca por sí mismo consecuencias jurídicas, sino sólo en cuanto se encuentra unido a otro hecho, a saber, la existencia de la relación contractual entre obrero y patrono.

---

[11] FRITZ SCHREIER, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, pág. 93.
[12] SCHREIER, obra citada, pág. 95.
[13] INVREA, *La parte generale del diritto*, Padova, 1935, pág. 164.

El accidente engendra ciertos derechos y obligaciones, relativamente a las partes contratantes, no en cuanto mero accidente, sino en atención a su carácter específico de riesgo profesional. Se trata, pues, de un *hecho jurídico dependiente*. Cosa análoga podríamos decir de las enfermedades profesionales, de las calificativas del homicidio o de las modalidades de las obligaciones.[14] Sólo producen consecuencias de derecho en cuanto se hallan unidas a supuestos jurídicos independientes.

La celebración de un contrato a plazo produce por sí consecuencias normativas y, por ende, es un hecho independiente; en cambio, el término cuya llegada retarda la exigibilidad de las obligaciones que el negocio jurídico engendra, es dependiente, ya que sólo tiene consecuencias por hallarse vinculado a otro hecho.

92. FUSION DE SUPUESTOS JURIDICOS.—La fusión de supuestos jurídicos es unilateral o recíproca.[15] Hay fusión unilateral si la consecuencia de uno de los supuestos puede nacer aun cuando el supuesto jurídico fundado no se realice. Por ejemplo: las consecuencias del contrato de mutuo (supuesto fundante), se producen independientemente de que el deudor cumpla puntualmente o incurra en mora (supuesto fundado). Otro caso: el contrato de trabajo produce sus efectos aun cuando el trabajador no contraiga una enfermedad profesional. Algo semejante podría decirse del delito de robo (supuesto fundante), en relación con las hipótesis de horadación y fractura (supuestos fundados). La fusión es recíproca si ninguno de los supuestos provoca aisladamente, al realizarse, consecuencias de derecho. Expresado en otra forma: los dos supuestos tienen que producirse para engendrar efectos jurídicos. De ello se infiere que la fusión recíproca se da entre supuestos absolutamente dependientes. "La relación de fusión es, pues, reversible, porque cada hecho jurídico parcial es, al propio tiempo, fundante y fundado." [16]

93. HECHOS JURIDICOS DE EFICACIA INMEDIATA Y DE EFICACIA DIFERIDA.[17]—La eficacia de los hechos jurídicos puede consistir en la creación,

---

[14] Ver sección 92.

[15] "La fusión puede ser recíproca o unilateral; recíproca cuando la legalidad relativa es reversible; unilateral, en el caso contrario. El color sin la extensión es algo tan imposible como la extensión sin el color, por lo que en este caso hay una legalidad reversible y, por tanto, una fusión recíproca; por el contrario, un juicio puede fundarse en representaciones, las cuales no son necesariamente fundamento de un juicio. En este caso hay, por ende, fusión unilateral." SCHREIER, obra citada, pág. 99.

[16] SCHREIER, obra citada, pág. 99.

[17] La terminología usada en esta sección la hemos tomado del libro de INVREA, *Parte generale del diritto*, Padova, 1935, pág. 166. Sólo que el citado autor no habla de *supuestos* ni de *hechos*, sino de *títulos jurídicos*.

la modificación o la extinción de deberes y facultades. En el primer caso se habla de *eficacia constitutiva;* en el segundo, de *eficacia modificativa* y, en el tercero, de *eficacia resolutoria.*

La de los hechos jurídicos no es siempre inmediata. A veces depende de un suceso futuro. Se dice entonces que el hecho es de eficacia diferida. Cuando la eficacia (constitutiva, modificativa o resolutoria) se encuentra sujeta al advenimiento o realización de un suceso *cierto,* nos hallamos en presencia de un *hecho jurídico sujeto a término.* Si, por el contrario, el acontecimiento venidero es contingente o incierto, la eficacia del hecho resulta *condicional.*

Cuando la eficacia, constitutiva o modificativa, depende de un acontecimiento futuro e inevitable, el término es *suspensivo.* Si lo que se hace depender de la llegada del término es la extinción de una relación jurídica, aquél se llama *final.*

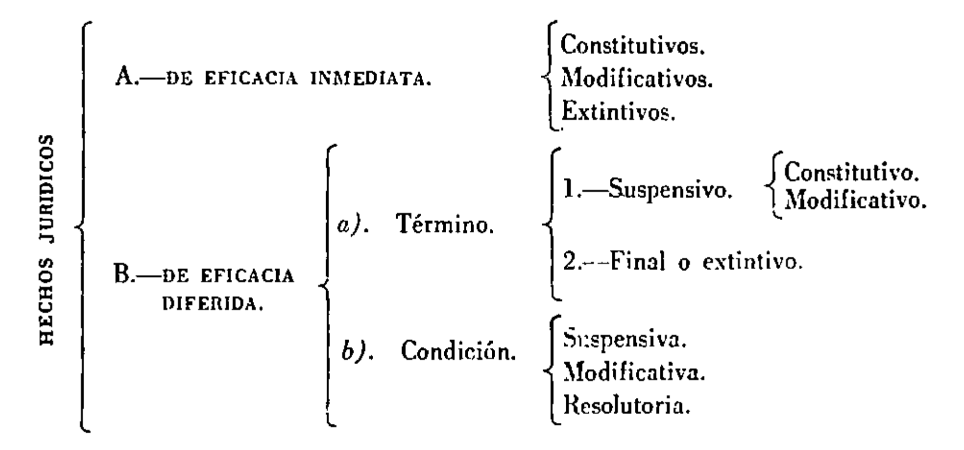
El *suspensivo* condiciona unas veces el nacimiento o la modificación de determinadas consecuencias jurídicas; otras, difiere solamente la exigibilidad de obligaciones preexistentes. En la primera hipótesis, los deberes y derechos derivados del hecho jurídico no nacen hasta que el término llega; en la segunda, existen desde que el supuesto se realiza, pero antes de la llegada de aquél no puede el titular exigir del sujeto pasivo el cumplimiento de su obligación.

Pongamos un par de ejemplos. El artículo 2384 del Código Civil del Distrito Federal define el mutuo como un contrato en virtud del cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuatario, quien se compromete a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Supongamos que *A* presta cien pesos a *B,* y que el deudor se obliga a pagarlos en un plazo de dos meses. El derecho de *A* a la devolución de la cantidad prestada existe desde el momento de la celebración del negocio (supuesto jurídico independiente); pero el deber de *B* no es exigible antes del vencimiento del término (supuesto jurídico dependiente). El plazo fijado por las partes no retarda el nacimiento del derecho subjetivo del acreedor, sino únicamente la *exigibilidad* de la obligación correlativa.
rrelativa.

Segundo ejemplo. El artículo 1153 del propio Código establece que los bienes muebles se adquieren por prescripción en tres años, cuando han sido poseídos con buena fe, pacífica y continuamente. Suponga el lector que *X* posee con buena fe, en forma pacífica e ininterrumpida, un mueble *Y.* La adquisición de este, por prescripción, dependerá del transcurso de aquel tiempo. Antes de que transcurran tres años, no podrá

X convertirse en dueño de la cosa. Y es que el término no sólo suspende la exigibilidad de un deber jurídico, sino el nacimiento de un derecho y de la obligación correspondiente.

Volviendo a las condiciones, diremos que suelen ser clasificadas en *suspensivas, modificativas* y *resolutorias*, según que aplacen el nacimiento de determinados deberes y derechos, los modifiquen o aniquilen.[18]



94. HECHOS JURIDICOS COMPATIBLES E INCOMPATIBLES (SCHREIER). Dos o más hechos jurídicos son compatibles entre sí cuando al realizarse suman sus consecuencias o producen otras nuevas. Un hecho jurídico es incompatible con otro si, al enlazarse con él, aniquila sus efectos. El más sencillo ejemplo de incompatibilidad nos lo ofrecen las obligaciones sujetas a condición resolutoria. Cuando tal condición se realiza, desaparece la obligación derivada del hecho jurídico independiente. Lo mismo ocurre con los negocios jurídicos cuya eficacia se halla sujeta a un término final. La llegada de éste destruye las consecuencias de aquéllos.[19]

[18] Un solo negocio jurídico engendra, al propio tiempo, un título *constitutivo incondicionado y otro extintivo condicional*. Tal cosa ocurre en el caso de los contratos bilaterales, pues el incumplimiento de la obligación contraída por una de las partes puede ser invocado por la otra como causa extintiva del deber jurídico que le corresponde. Ver Código Civil del Distrito Federal, art. 1949. F. INVREA, obra citada, pág. 165.

[19] "Esta incompatibilidad de situaciones de hecho no debe ser confundida con la que existe en otras esferas. No se trata de incompatibilidad de significaciones, es decir, de un sinsentido. Tampoco de la incompatibilidad de intuiciones, es decir, de un contrasentido, porque entonces estaríamos frente a un derecho irreal; menos aún de una incompatibilidad natural (imposibilidad: como cuando decimos montaña de oro). La incompatibilidad de que ahora tratamos radica en la esfera de los objetos (conceptos) y únicamente tiene el sentido de que los hechos jurídicos incompatibles entre sí no producen ninguna consecuencia de derecho. Por sabido se calla que las situaciones naturales de hecho no resultan aniquiladas. Más adelante veremos cómo la extinción de la situación de hecho no

Toda incompatibilidad normativa implica, lógicamente, la relación de dos o más hipótesis. La incompatibilidad es siempre incompatibilidad de un hecho con otro, cuyas consecuencias suprime.

Schreier divide los hechos jurídicos incompatibles en *absoluta y relativamente incompatibles*. Los primeros (el jurista vienés los llama *negativos*), no tienen más función que destruir la eficacia de otros. Ejemplos: desistimiento, revocación, renuncia, pago, etc. Los segundos engendran por sí mismos consecuencias; pero cuando entran en relación con otros de determinada especie, extinguen sus efectos. La muerte de una persona produce por sí, en forma independiente, varias consecuencias (derecho sucesorio); pero, a la vez, extingue los efectos de ciertos hechos independientes (por ejemplo, las sanciones impuestas por la comisión de un hecho delictuoso).

Otro caso: el artículo 37 A) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice que la nacionalidad mexicana se pierde: I. Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera; II. Por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero; III. Por residir, siendo mexicano por naturalización, durante cinco años continuos, en el país de su origen, y IV. Por hacerse pasar en cualquier instrumento público, siendo mexicano por naturalización, como extranjero, o por obtener y usar un pasaporte extranjero". El supuesto establecido en el inciso I de la disposición transcrita es relativamente incompatible, en cuanto, al realizarse, produce por sí determinadas consecuencias (adquisición de una nacionalidad nueva) y, al mismo tiempo, destruye la eficacia de los supuestos cuya realización dio origen al derecho de ciudadanía.[20]

95. CLASIFICACIÓN DE CARNELUTTI.—Expondremos ahora dos clasificaciones de los hechos jurídicos: una general y otra especial, relativa al derecho civil.

Hablaremos en primer término de la clasificación general propuesta por el jurista italiano Francesco Carnelutti.[21]

Los hechos jurídicos, dice este autor, pueden ser clasificados desde dos puntos de vista:

---

significa necesariamente la desaparición del hecho jurídico. Y a la inversa: el hecho natural puede perdurar aun cuando el jurídico haya sido aniquilado." SCHREIER, obra citada, pág. 116.

[20] La distinción entre fusión unilateral y recíproca es también aplicable.

[21] FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, pág. 59.

a) Atendiendo a su naturaleza;
b) De acuerdo con los efectos que producen.

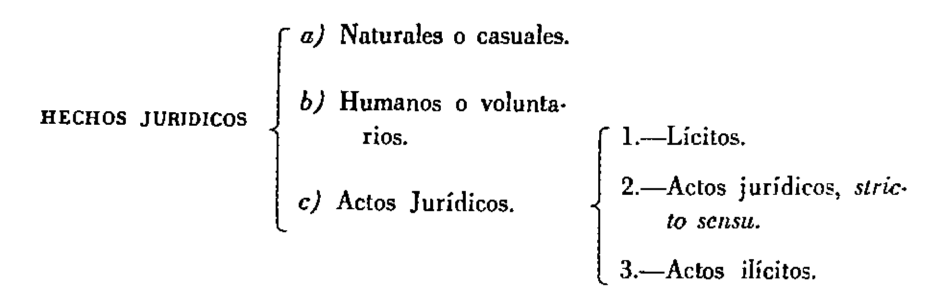
a) *Clasificación del los hechos jurídicos de acuerdo con su naturaleza.*—Examinados desde este ángulo, los hechos jurídicos aparecen divididos en dos grupos: *naturales* o *causales* y *humanos* o *voluntarios.* Como las denominaciones lo indican, los primeros son fenómenos de la naturaleza y los segundos acontecimientos voluntarios, a los que la ley enlaza consecuencias de derecho. Los últimos son también conocidos con el nombre de *actos jurídicos.*

Éstos forman el grupo más numeroso e importante de hechos jurídicos. Pueden dividirse en tres clases, atendiendo a las relaciones entre el *fin práctico* y el *efecto jurídico* del acto. Tales relaciones son de tres tipos: *a)* De indiferencia; *b)* De coincidencia; *c)* De oposición.

1) Cuando la finalidad práctica no coincide con la consecuencia normativa, ni se opone a ella, dícese que la relación es de indiferencia, y que el acto es (puramente) *lícito.* Ejemplo: el hecho de que yo escriba un libro no tiene una finalidad práctica concordante con el efecto jurídico del mismo (es decir, el nacimiento de mi derecho de propiedad intelectual), ni representa tampoco un caso de oposición entre la consecuencia jurídica y el fin que persigo.

2) Si el fin práctico del autor del acto concuerda con la consecuencia jurídica de éste, nos encontramos en presencia de un *acto jurídico en sentido estricto.* Por ejemplo: cuando compro el papel necesario para escribir una novela. El fin práctico (adquisición del papel que me hace falta) coincide con la consecuencia de derecho (transmisión de la propiedad).

3) Por último, cuando entre la finalidad práctica y la consecuencia jurídica hay oposición, debe hablarse de *actos jurídicos ilícitos.* Si en vez de comprar el papel indispensable para escribir una obra, lo robo, no habrá coincidencia entre el fin práctico y la consecuencia de derecho, sino oposición, porque en vez de adquirir la propiedad del papel me hago acreedor a una pena y contraigo la obligación de restituir lo robado.



Clasificación de los actos jurídicos en sentido estricto.—Los actos jurídicos, *stricto sensu,* divídense, según Carnelutti, en proveídos de las autoridades, negocios jurídicos y actos obligatorios.[22] Los primeros representan el ejercicio de un poder, los segundos el ejercicio de un derecho y los últimos la observancia de una obligación.

Según su estructura, los actos jurídicos pueden ser *simples* o *complejos.* Éstos constan de actos simples de una o de varias personas; en el primer caso, se llaman *actos complejos unipersonales;* en el segundo, *actos complejos pluripersonales.*

b) *Clasificación de los hechos jurídicos de acuerdo con los efectos que producen.*—Desde este punto de vista, divídense en hechos de *eficacia principal* y de *eficacia secundaria.* "Se habla de eficacia secundaria cuando el hecho no tiene efectos sino unido a otro, cuya eficacia modifica."[23] Los de eficacia principal pueden provocar por sí mismos consecuencias de derecho. A los de eficacia secundaria se les llama también *condiciones jurídicas.*

Los principales son constitutivos o extintivos, según que den nacimiento a una relación de derecho o la extingan.

Las condiciones jurídicas pueden paralizar o modificar la eficacia de los hechos principales; por esta razón se habla de condiciones impeditivas y modificativas.

HECHOS JURIDICOS
- Principales.
  - Constitutivos.
  - Extintivos.
- Secundarios.
  - Condiciones impeditivas.
  - Condiciones modificativas.

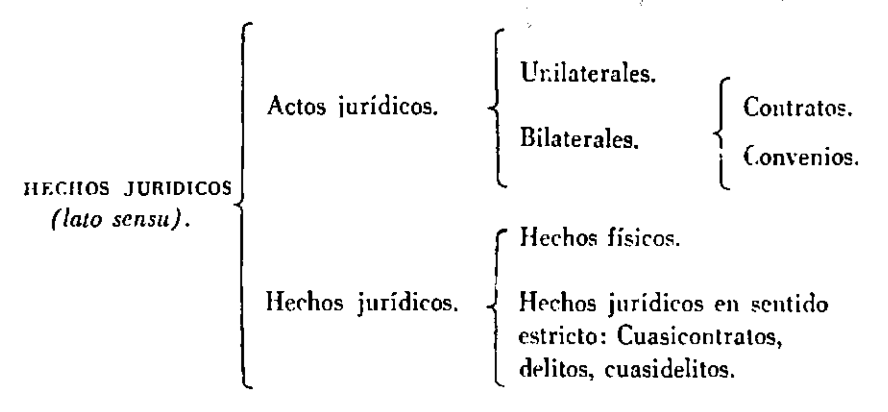
La clasificación que hace Carnelutti de los hechos jurídicos de eficacia secundaria nos parece incompleta, porque en ella no figuran las diversas clases de términos ni la condición resolutoria.

[22] CARNELUTTI, obra citada, pág. 58.
[23] CARNELUTTI, obra citada, pág. 59.

96. CLASIFICACION DE LOS HECHOS JURIDICOS EN MATERIA CIVIL. DOCTRINA FRANCESA.—Los hechos jurídicos pueden consistir en hechos o estados de hecho independientes de la actividad humana, o en acciones humanas voluntarias o involutarias. Como ejemplos de hechos o estados de hecho puramente naturales podemos citar el nacimiento, la mayoría de edad o la muerte de las personas.

Las acciones humanas pueden producir consecuencias tanto en relación con sus autores como relativamente a otros sujetos; verbigracia, en el caso de responsabilidad por hechos de un tercero. Hay también consecuencias jurídicas que tienen como supuesto o condición los riesgos o daños producidos por cosas, útiles o animales.

Las acciones del hombre, en tanto que el derecho subjetivo las considera como hechos jurídicos, divídense en lícitas e ilícitas, según que sean conformes o contrarias a los preceptos de aquél. Cuando las de un sujeto son lícitas y su finalidad es la creación, la transmisión, la modificación o la extinción de obligaciones y derechos, llámanse *actos jurídicos*. Éstos pueden ser unilaterales o bilaterales. Los bilaterales reciben la denominación de convenios. Subdivídense en convenios *sensu stricto* y contratos. Cuando tienen como finalidad la creación, la modificación, la transmisión o la extinción de consecuencias de derecho, reciben el nombre de hechos jurídicos. Bajo la expresión *hechos jurídicos*, los autores franceses comprenden los puramente materiales, los de un tercero y los ilícitos.



97. DEFINICIONES PROPUESTAS POR BONNECASE.—"La noción de hecho jurídico es susceptible de revestir un sentido general y una significación específica. En el primer sentido comprende la noción de acto jurídico. El hecho jurídico es entonces un acontecimiento engendrado por la actividad humana, o puramente material, que el derecho toma

en consideración para hacer derivar de él, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general o permanente o, por el contrario, un efecto de derecho limitado. Pero la expresión hecho jurídico es con más frecuencia empleada en un sentido especial, en oposición a la noción de acto jurídico. En tal caso se alude, ya a un suceso puramente material, como el nacimiento o la filiación, ya a acciones más o menos voluntarias, generadoras de situaciones o de efectos jurídicos sobre la base de una regla de derecho, cuando el sujeto de tales acciones no ha podido tener o no ha tenido la intención de colocarse, al realizarlas, bajo el imperio de la ley. Si el hecho jurídico en sentido estricto no consiste en sucesos puramente naturales, sino en acciones más o menos voluntarias, es llamado, según los casos, *cuasicontrato*, *delito* o *cuasidelito*, en oposición al contrato, que representa el tipo más caracterizado del acto jurídico.

"Pasemos ahora a la definición de éste: el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o, por el contrario, un efecto de derecho limitado, relativo a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica."[24]

98. CUASICONTRATO, DELITO Y CUASIDELITO, SEGUN POTHIER.—"Se denomina cuasicontrato, dice Pothier, el hecho de una persona permitido por la ley, que la obliga hacia otra, u obliga a otra hacia ella, sin que entre ambas exista ningún convenio. Por ejemplo, la aceptación que un heredero hace de una herencia es un cuasicontrato relativamente a los legatarios, porque es un hecho permitido por las leyes que obliga al heredero a pagar a los legatarios los legados establecidos en el testamento, sin que haya mediado entre éstos y aquél convenio alguno. Otro ejemplo de cuasicontrato lo tenemos en el hecho de que alguien pague, por error de hecho, una cosa que no debe. El pago de ésta es un hecho que obliga a quien la ha recibido a devolverla, aun cuando no pueda decirse que haya mediado convenio alguno acerca de la restitución. La gestión que una persona hace de los negocios de un ausente, sin que éste le haya dado tal encargo, es también un cuasicontrato que obliga a la primera a rendir cuentas, y al ausente a indemnizar al gestor por los desembolsos realizados con motivo de la gestión. . ."

"En los contratos —añade Pothier—, es el consentimiento de las par-

[24] BONNECASE, *Précis de droit civil*, II, pág. 216.

tes contratantes el que produce la obligación; en los cuasicontratos no hay consentimiento; la ley o la equidad natural son las que producen el deber jurídico. A ello obedece que estos hechos sean llamados cuasicontratos, pues, sin ser contratos, ni menos aún delitos, producen obligaciones, como aquéllos. . ."

"Se llama delito el hecho por el cual una persona, por dolo o malicia, causa un daño o un perjuicio a otra. Los delitos y los cuasidelitos difieren de los cuasicontratos en que el hecho de donde resulta el cuasicontrato es permitido por las leyes, en tanto que el que constituye el delito o el cuasidelito es un hecho condenable." [25]

---

[25] BONNECASE, *Suplément* (en la obra de Baudry-Lacantinerie) *Traité theorique et pratique de droit civil*, París, 1925, II, pág. 321.

CAPITULO XIII

PRINCIPALES TEORIAS ACERCA DEL DERECHO SUBJETIVO

SUMARIO

99.—Supuestos jurídicos y consecuencias de derecho. 100.—Tesis de Bernardo Windscheid. 101.—Tesis de Rodolfo Jhering. 102.—Crítica de la teoría del interés. 103.—Teoría Ecléctica. 104.—Tesis de Kelsen. 105.—Crítica de la tesis de Kelsen.

99. SUPUESTOS JURIDICOS Y CONSECUENCIAS DE DERECHO.—En el capítulo anterior enunciamos el siguiente principio: no hay consecuencias de derecho sin supuestos jurídicos. Toda consecuencia de derecho hállase condicionada por una hipótesis que, al realizarse, la produce.

La noción de consecuencia de derecho es otro de los conceptos jurídicos fundamentales. Los autores franceses usan la expresión *efecto jurídico*, en vez del término que nosotros empleamos. En nuestra opinión, la palabra *efecto* debe ser repudiada por la terminología jurídica, ya que evoca la idea de una sucesión de fenómenos. Efecto es el resultado de una causa; un eslabón dentro de un proceso natural. Las consecuencias jurídicas, en cambio, sólo pueden ser imputadas a la condición jurídica merced a una operación lógica; no son efectos de un fenómeno precedente, sino enunciación de un deber ser o de un derecho, cuya existencia se encuentra condicionada por la realización de determinada hipótesis.

Las consecuencias de derecho refiérense siempre a las acciones del hombre, ya que no tendría sentido dictar normas a la naturaleza. Esta es una diferencia esencial entre leyes naturales y normas. En el orden físico un hecho puede tener como efecto otro absolutamente independiente de la actividad humana (la caída de un cuerpo, por ejemplo); en la esfera jurídica, en cambio, la realización de un supuesto sólo puede tener como resultado el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de derechos y deberes.

En el capítulo presente iniciaremos el examen del derecho subjetivo. Al desarrollar tal estudio, nos sujetaremos al siguiente programa: en

primer lugar discutiremos las más importantes doctrinas que acerca de aquella noción han sido elaboradas; después expondremos nuestra propia tesis sobre el mismo asunto y, finalmente, haremos referencia a las diversas clases de derechos subjetivos.

100. TESIS DE BERNARDO WINDSCHEID.—"El derecho subjetivo —escribe este autor— es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico."[1]

La expresión "derecho subjetivo", dice Windscheid, suele emplearse en dos sentidos diferentes.

En primer término, por derecho subjetivo entiéndese la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular. Tal facultad aparece cuando el orden jurídico prescribe que en determinadas circunstancias se haga u omita alguna cosa, y pone a disposición de otro sujeto el imperativo que contiene dicha orden. De la voluntad del beneficiado depende entonces valerse o no del precepto, o poner en juego los medios de garantía que el propio ordenamiento jurídico otorga. El derecho objetivo se convierte de esta guisa, relativamente al sujeto a quien la norma protege, en derecho subjetivo del mismo, es decir, en "su" derecho.

La palabra úsase también en otra acepción. Se afirma, verbigracia, que el propietario tiene el derecho de enajenar sus propiedades, que el acreedor puede ceder su crédito, o que un contratante está facultado para rescindir el contrato, si la otra parte no cumple con lo pactado. En estos y parecidos casos, lo que quiere expresarse es que la voluntad del titular es decisiva para el nacimiento de facultades del primer tipo o para la extinción o modificación de las preexistentes. De la voluntad de la persona depende en tal coyuntura la existencia o determinación de imperativos jurídicos. En el primer caso, en cambio, su voluntad sólo es decisiva para la actuación de preceptos ya establecidos.

La teoría que acabamos de exponer ha sido blanco de objeciones múltiples. La crítica más sólida que de ella existe es, en nuestro concepto, la que emprende Kelsen en su obra *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, publicada en 1911.[2] Los argumentos esgrimidos contra la doctrina del célebre pandectista pueden resumirse así:

1.—Casos hay en los cuales el titular de un derecho subjetivo no desea ejercitarlo. Por ejemplo: una persona tiene el derecho de exigir

---

[1] WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. FADDA e BENSA, Torino, 1925, pág. 108.
[2] *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 584.

el pago de una cantidad que ha prestado, mas no quiere cobrar lo que se le debe. Esta circunstancia no destruye la facultad concedida al acreedor. Si el derecho subjetivo dependiese de su voluntad, al desaparecer ésta, aquél debería extinguirse.

2.—Numerosas personas jurídicas carecen de voluntad en sentido psicológico. Son incapaces de querer y, ello no obstante, poseen facultades y deberes. Es el caso de los incapacitados, los recién nacidos, las personas morales. Un sindicato o una sociedad mercantil carecen de poder volitivo propio, pero son sujetos de derechos y pasibles de obligaciones. Si la esencia del derecho subjetivo radicase en el querer, habría que negarles la calidad de personas en sentido jurídico.

3.—Los derechos no desaparecen aunque el titular de los mismos ignore su existencia y no haya, en el propio titular, un querer orientado hacia ellos.

4.—Hay derechos cuya renuncia no produce consecuencias legales. En la legislación mexicana, por ejemplo, son de esta clase los que la Constitución y la Ley Federal del Trabajo conceden a los obreros. Un trabajador que ha sufrido una enfermedad profesional está facultado para pedir que se le indemnice. Aun cuando renuncie al pago de la indemnización que le corresponde, la renuncia no produce consecuencias jurídicas. En este caso, la ley protege al trabajador incluso en contra de su voluntad.

En respuesta a las objeciones dirigidas contra su teoría, sostuvo Windscheid que por "voluntad" debía entenderse la del ordenamiento jurídico. Esta variante modifica esencialmente la tesis primitiva, privándola de su verdadero sentido. Pues la voluntad del orden jurídico es algo enteramente diverso de la de los individuos, o sea, del querer en sentido psicológico.

101. TESIS DE RODOLFO JHERING.—Jhering expone su doctrina sobre el derecho subjetivo en el Libro II de una obra famosa: *El espíritu del derecho romano.*[3]

El autor alemán hace en primer término una crítica de las definiciones formales del derecho en sentido subjetivo y, después de proclamar la insuficiencia de la teoría de la voluntad, concluye que en todo dere-

[3] *L'esprit du droit romain*, trad. O. DE MEULENAERE, 3ª ed., págs. 317-355 del tomo IV.

cho hay dos elementos igualmente importantes: *formal* uno, *substancial* el otro.[4]

La relación entre ambos es comparable a la que existe entre la corteza y la medula de una planta. El interés representa el elemento interno; la acción, el protector del derecho subjetivo. Éste debe definirse, en consecuencia, como un *interés jurídicamente protegido.*

La palabra *interés* debe tomarse en un sentido latísimo, dice Jhering. Se aplica no sólo a los intereses susceptibles de apreciación pecuniaria (económicos), sino a los de otra índole, como la personalidad, el honor, los vínculos familiares, etc. La salvaguardia de los numerosos *bienes* a cuya consecución puede hallarse orientada la actividad individual, constituye la meta última del derecho. El hombre es el destinatario de toda facultad jurídica.

Jhering da el nombre de *bien* a cualquier cosa que posea utilidad para un sujeto. A la idea que acabamos de definir encuéntranse indisolublemente unidas las de *valor* e *interés.* El valor es la medida de la utilidad de un bien; el interés, el valor en su relación peculiar con el individuo y sus aspiraciones.[5] Derechos hay que valen por sí mismos, no obstante lo cual no interesan a determinados sujetos; verbigracia: una servidumbre de vista para un ciego, o la entrada a un salón de conciertos para un sordo.[6]

La noción a que aludimos es por esencia subjetiva y, consiguientemente, variable. A través del tiempo, y en lugares diversos del espacio, vincúlanse los intereses a objetos disímiles y dan nacimiento a derechos diferentes; pero los últimos aparecen en todo caso como protección de los primeros.

Para que haya derecho no basta el elemento material; requiérese, además, que el interés esté jurídicamente garantizado o, lo que es lo mismo, que el goce del bien a que se dirige se encuentre protegido por medio de la acción. Posible es, por ende, que un interés no posea carácter jurídico. Tal cosa ocurre cuando la ley favorece a ciertos individuos o colectividades, sin concederles la facultad de exigir el cumplimiento de lo que sus preceptos ordenan. La norma ejerce entonces una *acción refleja*[7] en beneficio de aquéllos, mas no les otorga derecho

---

[4] "Dos elementos constituyen el principio del derecho; uno substancial, en el que reside el fin práctico, la utilidad, ventaja o ganancia asegurada por el derecho; otro formal, que se relaciona con el primero como un medio con su fin, a saber: la protección del derecho, la acción en justicia." Obra citada, pág. 327.

[5] Sería más correcto decir que el interés es la apreciación que el sujeto hace de los fines cuya realización se propone.

[6] Para ser consecuente, debería JHERING admitir que en estos casos no hay derecho subjetivo, o bien reconocer que la nota del interés no es esencial al concepto jurídico de facultad.

[7] Obra citada, pág. 339 del tomo IV.

alguno, ya que no los autoriza para demandar judicialmente la observancia de las obligaciones que impone.

"La acción es, pues, la verdadera piedra de toque de los derechos privados. Si no hay sitio para ella, el derecho civil deja de proteger los intereses, y la administración toma su lugar." [8]

102. CRITICA DE LA TEORIA DEL INTERES.—La teoría de Jhering hállase expuesta a objeciones del mismo tipo que las esgrimidas contra la de Windscheid. La primera y más importante queda resumida en la siguiente frase: *si la nota del interés fuese esencial al derecho subjetivo, éste no existiría, de faltar aquélla.* La persona que ha prestado dinero a un amigo pobre, por ejemplo, no siempre está interesada en reclamar el pago. De hecho, es posible que desee precisamente no reclamarlo. Cuando tal cosa ocurre, el derecho del mutuante subsiste, lo cual demuestra que no dependía de sus intereses.

Por otra parte, el propio Jhering acepta que el legislador no reconoce ni puede garantizar todo interés. Para proceder con congruencia, el citado autor debería admitir que el único elemento esencial al concepto que analizamos es la *protección jurídica,* no lo *protegido* o *tutelado,* ya que, como arriba dijimos, el interés individual no existe indefectiblemente.

Las fallas de la tesis expuesta son, pues, análogas a las de la doctrina de Windscheid.[9] Ello nada tiene de extraño, ya que los conceptos de interés y voluntad pertenecen al mismo linaje psicológico. *Sólo se quiere aquello en que se tiene interés; sólo se tiene interés en aquello que se quiere.* El interés es un medidor de los objetivos de la voluntad. Ésta se orienta hacia el logro de finalidades numerosas; mas no todas son igualmente anheladas por el sujeto. Atribuye a unas mayor valor que a otras y, consecuentemente, prefiere las que le parecen de superior rango. La medida de la estimación es precisamente lo que denominamos interés. Trátase de una dimensión psicológica variable. Crece o disminuye paralelamente a la valoración que el individuo hace de sus fines.

El interés es, por esencia, subjetivo. Hablar de *intereses objetivos* es sólo una figura o, mejor dicho, una ficción. Tratando de evitar las objeciones formuladas contra su punto de vista, quiso Jhering substituir la noción psicológica de interés por un concepto más vago y flexible, el de *interés medio.*

---

[8] Obra citada, pág. 340 del tomo V.

[9] "La diferencia entre ambas radica, más que en el contenido, en la terminología." SOMLÓ, *Juristische Grundlehre,* pág. 477.

Intereses medios son, para el famoso jurista, los predominantes en una determinada sociedad. Pero aquella expresión es sólo, como dice Kelsen, una fórmula o abreviatura, con la que quiere resumirse el pensamiento de que la generalidad de los sujetos que pertenecen a cierto grupo social posee un repertorio común de juicios estimativos, y dirige su actividad hacia la consecución de los mismos bienes.[10]

Cuando se habla de intereses medios, implícitamente se acepta que el interés, como realidad psicológica, no se da necesariamente en todo caso. Dicho de otro modo: se reconoce que la protección jurídica puede referirse a facultades legales cuyo ejercicio, en un momento dado, y relativamente a tal o cual sujeto, no preocupa a éste en absoluto. Sin embargo, insístese en hablar del derecho subjetivo como protección de un interés, a sabiendas de que el famoso "elemento medular" no siempre existe. Se finge entonces su existencia, e ingenuamente se cree que la ficción se justifica en cuanto, por regla general, lo que el derecho objetivo protege es algo que interesa a todos los destinatarios de la norma.

103. TEORIA ECLECTICA.—Entre los partidarios de la tesis ecléctica se cuenta a Jorge Jellinek, quien define el derecho subjetivo diciendo que es *"un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual"*. La posición del extinto profesor de la Universidad de Heidelberg es una combinación de las doctrinas de Windscheid y Jhering. Las objeciones que hemos hecho valer contra estas últimas, valen también contra la opinión de Jellinek. El error consiste en pensar que basta una síntesis de los elementos divergentes para lograr una doctrina verdadera. En realidad, lo que debe buscarse no es una síntesis, sino la superación de las dos posiciones arriba discutidas.

104. TESIS DE KELSEN.—Fiel al lema de la pureza metódica, sostiene que el derecho subjetivo debe estudiarse de acuerdo con un criterio exclusivamente normativo y formal, haciendo total abstracción de los elementos de carácter psicológico que en el mundo de los hechos puedan corresponder a las normas del derecho existente.

La falla de las teorías que hemos discutido hasta ahora estriba, según el jurista vienés, en que conciben el *derecho subjetivo* como algo esencialmente diverso del *objetivo*. Sus autores se preocuparon sólo por investigar qué es lo que el derecho subjetivo protege o reconoce, es decir, tomaron en cuenta el elemento substancial, y olvidaron, o relegaron

[10] KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 576.

a un plano secundario, el elemento formal, que es el único jurídicamente relevante. Los errores de Windscheid, Jhering y Jellinek pueden compararse a la falta en que incurriría un estudiante de geometría al definir la esfera diciendo que puede ser de bronce, madera o cartón, o a la de un soldado que habiendo sido enviado como espía para examinar las fortificaciones de una ciudad enemiga, se limitara a describir ante sus jefes la belleza de los parques y edificios de dicha urbe, o a hacer el elogio de la cultura de sus habitantes. "Pues el derecho es forma, no substancia; la protección, no lo protegido." [11]

Si esto es verdad en relación con el derecho objetivo, debe serlo también en lo que concierne al subjetivo. Este último no es, ni puede ser, realidad distinta de la norma; es el mismo derecho objetivo en una relación *sui-géneris* con un sujeto.

Kelsen plantea la cuestión del siguiente modo: ¿cuándo puedo decir que el derecho objetivo se ha convertido en mi derecho subjetivo?...

El derecho objetivo transfórmase en derecho subjetivo cuando está a la disposición de una persona, o sea, cuando aquél hace depender de una declaración de voluntad de ésta, la aplicación del acto sancionador. De aquí la definición: "derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma". Recuerde el lector la tesis sobre la estructura lógica de la proposición jurídica: en determinadas circunstancias, un sujeto *X* debe observar tal o cual conducta; si no la observa, otro sujeto (órgano del Estado), debe aplicar al violador una sanción:

Si *A* es, debe ser *B;* si *B* no es, debe ser *C.*

Al realizarse el supuesto jurídico *A*, actualízase una primera consecuencia de derecho: la obligación de un sujeto *X* de observar la conducta *B*. Por regla general (de acuerdo con la tesis de Kelsen), el deber jurídico derivado de la norma secundaria es correlativo de una facultad de otro sujeto *(derecho a la prestación).* Si se realiza el segundo supuesto jurídico, es decir, si el obligado no ejecuta la conducta *B*, nace el deber de un órgano del Estado de aplicar a *X* la sanción *C*. Cuando la aplicación del acto coactivo se hace depender de una declaración de voluntad de otra persona, por ejemplo, del titular de la facultad correlativa del deber de *X*, puede decirse que esa persona, a quien llamaremos *Y*, tiene un derecho subjetivo, ya que está autorizada por la norma para pedir que se sancione al obligado.

Ejemplo: Primus celebra con Secundus un contrato de mutuo, en

---

[11] KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 618.

virtud del cual éste recibe de aquél la suma de cien pesos, obligándose a devolverla en un plazo de ocho días. El primer supuesto jurídico es la celebración del contrato, y las consecuencias del mismo consisten en la obligación de Secundus de devolver el dinero al vencerse el término estipulado, y la facultad de Primus de exigir su devolución. Si se realiza el segundo supuesto, es decir, si Secundus no cumple con su deber, tiene Primus la facultad de pedir (mediante una demanda presentada ante juez competente) que se condene al obligado a cumplir con el contrato. Primus posee un derecho subjetivo, precisamente en cuanto la aplicación del acto coactivo estatal se hace depender de una declaración de voluntad suya.

La facultad correlativa del deber derivado de la norma secundaria no es para Kelsen un derecho independiente de la facultad de pedir la aplicación del acto coactivo. No se trata de dos derechos distintos, sino de un mismo derecho en dos relaciones diferentes. Pero la primera facultad (a la que suele darse el nombre de derecho a la prestación), sólo existe en cuanto existe la segunda (derecho de acción). Si la aplicación de la sanción no depende de una declaración de voluntad de un particular, no puede hablarse de derecho subjetivo.

"Las dos formas subjetivas de manifestación del precepto jurídico se hallan entre sí en una relación de tal naturaleza, que el derecho de un sujeto se encuentra siempre dirigido hacia la obligación de otro, mas no a la inversa. Pues cada norma jurídica estatuye un deber, pero no siempre otorga un derecho, ya que la voluntad de que la sanción se aplique no depende necesariamente de una acción. El deber jurídico es, por ende, una forma subjetiva necesaria del precepto, mientras que el derecho subjetivo es sólo una forma posible de manifestación del propio precepto." [12]

"El derecho penal, en su estructura moderna, constituye un ejemplo de legislación que estatuye obligaciones sin otorgar facultades (siempre que no se trate de delito perseguible a instancia de parte); poco significa que se apropie la técnica procesal civil, la cual concede facultades, haciendo depender el castigo de la acusación fiscal, pues esto no es más que un momento externo, ya que el plantear la acusación, aceptada la punibilidad del hecho realizado, es un deber jurídico del fiscal. Es impensable un orden jurídico y aun una simple norma de derecho sin deberes jurídicos, pues la obligación jurídica no significa otra cosa que la sumisión al derecho; y en esta sumisión o vinculación

[12] KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 620.

jurídica radica la esencia del derecho considerado tanto en su conjunto como en cada una de sus normas." [13]

Uno de los aspectos más discutidos de la teoría kelseniana se refiere a la libertad y a los derechos reales. Estos han sido tradicionalmente considerados como derechos a la propia conducta, en oposición a los derechos sobre la ajena. La facultad de hacer aquello que no está ordenado ni prohibido por la ley, o la de disponer y disfrutar de los objetos que nos pertenecen, son simples *reflejos* de un deber general de respeto, impuesto por el derecho objetivo a todas las personas, mas no constituyen un verdadero derecho. Quienes afirman que el propietario puede hacer de sus propiedades el uso que le plazca, siendo lícito, o que cualquier individuo está autorizado para realizar u omitir aquellas acciones que no implican una obligación, repiten en forma superflua el concepto del deber jurídico. Los derechos de propiedad y libertad no son otra cosa que el reverso o complemento de una obligación negativa, impuesta por la ley a todo el mundo.

"El derecho a disponer libremente sobre las cosas propias, lo mismo que el derecho a la conducta no prohibida, no es otra cosa que el reflejo subalterno de las normas que estatuyen deberes jurídicos. El contenido jurídicamente relevante de toda expresión afirmativa de tal derecho subjetivo, agótase en el establecimiento del deber jurídico de otro de abstenerse de toda intervención en "mis" cosas, las cuales se hacen "mías" precisamente en virtud de ese deber; jurídicamente aparece, pues, un derecho frente a las cosas, un derecho de usar, abusar, etc., de las cosas. Pero cuando se afirma: yo tengo derecho a respirar, a trabajar, a pasear, a amar, etc., no quiere decirse sino que no existe ninguna norma jurídica que me obligue a lo contrario." [14]

105. CRITICA DE LA TESIS DE KELSEN.—El error fundamental de la teoría consiste en la identificación de las nociones de derecho objetivo y derecho subjetivo. Sostener que el subjetivo *es el mismo objetivo en determinada relación con un sujeto,* equivale a confundir las nociones de norma y facultad. La circunstancia de que todo derecho derive de una norma, no demuestra que norma y facultad sean lo mismo. El derecho subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con un precepto o, en otras palabras, una autorización concedida a una persona. La regla normativa es, en cambio, el fundamento de tal facultad. El sofisma de Kelsen es comparable al paralogismo en que incurriría quien dijera que

[13] KELSEN, *Teoría General del Estado*, pág. 79 de la traducción castellana.
[14] KELSEN, *Teoría General del Estado*, pág. 74 de la traducción castellana.

como entre las ideas de padre e hijo media una relación necesaria, no hay diferencia ninguna entre ellas.

Si prescindimos del punto de partida y analizamos el desarrollo de la tesis, descubriremos varios aspectos vulnerables y ciertas conclusiones incongruentes con las premisas en que pretende apoyarse.

Creemos que es falsa la afirmación de que cuando una facultad jurídica no se encuentra garantizada por la acción, no es derecho subjetivo. También es incorrecto decir que el derecho a la prestación y el de pedir la aplicación del acto coactivo no son facultades distintas, sino un mismo derecho en dos relaciones diferentes. La prueba está en que el supuesto que condiciona la existencia del segundo de esos derechos es, como Kelsen lo reconoce, la inobservancia del deber correlativo del primero.

Si volvemos al ejemplo del contrato de préstamo, podremos percatarnos de la independencia de las dos nociones. El derecho a la prestación es correlativo de un deber del otro contratante y tiene el carácter de un derecho privado subjetivo; el de acción es correlativo de un deber impuesto por la norma al órgano jurisdiccional y es, por tanto, de índole pública.

Por otra parte, tanto la ley como la doctrina reconocen la existencia de derechos subjetivos que no es posible ejercitar coactivamente. Queremos referirnos a los correlativos de las obligaciones naturales. Como es sabido, los civilistas distinguen dos especies de obligaciones: *civiles* y *naturales*. Cuando las primeras no son cumplidas, puede el acreedor exigir su observancia por medio de la acción; en cambio, la inobservancia de las segundas no faculta al acreedor para exigir judicialmente el cumplimiento. En el caso de las civiles, el titular del derecho correlativo posee, además de la facultad de reclamar la prestación, la de pedir la ejecución forzosa; en el de las naturales, tiene únicamente el derecho a determinada prestación. Como ejemplo de obligación natural podemos citar, en nuestro derecho, la de pagar una deuda contraída en juego no prohibido, cuando el monto de la misma excede de la vigésima parte de la fortuna del perdidoso. "El que pierde en un juego o apuesta que no estén prohibidos, queda obligado civilmente, con tal que la pérdida no exceda de la vigésima parte de la fortuna..." (art. 2767 del Código Civil del Distrito Federal). Supongamos que una persona ha perdido, en juego no vedado, tres vigésimas partes de su hacienda. Su obligación es civil relativamente a una vigésima parte; natural en lo que se refiere al resto. Dicho de otro modo: el acreedor sólo podrá exigir judicialmente el pago de la primera cantidad, y tendrá únicamente, en lo que concierne a la segunda.

el derecho a la prestación. La existencia de tal derecho separa a la obligación natural de las obligaciones éticas. Aquélla no es sólo obligación, como diría Radbruch, sino *deuda;* éstas son deberes, pura y simplemente. Cumplida la primera, no puede el deudor ejercitar una acción en repetición de lo indebido, precisamente porque su deber era una deuda frente al acreedor.

Otro ejemplo de obligación natural lo encontramos en el caso en que prescribe la acción para cobrar una suma. En tal hipótesis, el acreedor pierde el derecho de acción, pero conserva el de pedir el cumplimiento de la prestación. Si el derecho de acción y el derecho a la prestación fuesen una sola facultad en dos relaciones diferentes, al desaparecer el primero, desaparecería el segundo. Pero es indudable que no ocurre así. En consecuencia, estamos autorizados para sostener que la teoría kelseniana no explica la facultad jurídica correlativa de las obligaciones naturales.

Por otra parte hay casos en que la acción existe sin que exista el derecho material. Por ello afirman los procesalistas que la *actio* es un *derecho autónomo,* relativamente al otro. (Ejemplos: acción de mera declaración y acción infundada.)[15]

Para concluir, diremos que los argumentos aducidos por Kelsen con el propósito de demostrar que los derechos reales y de libertad son simples *reflejos* de un deber general de respeto o, como dicen los autores franceses, de una obligación universal negativa, tampoco nos parecen aceptables. Al criticar la distinción entre derechos a la propia conducta y sobre la conducta ajena, el jefe de la Escuela Vienesa demuestra algo completamente distinto de lo que se proponía. Estamos de acuerdo con el famoso jurista en que libertad y propiedad son facultades correlativas de un deber impuesto a todas las personas; más no creemos que constituyan una duplicación superflua del concepto del deber ni, menos aún, que no sean auténticos derechos. La conclusión que lógicamente se desprende de la argumentación kelseniana es que aquellas facultades, como todo derecho subjetivo, son correlativas de determinados deberes o, como dice Kelsen, *reflejos* de los mismos. Aun admitiendo que el término que acabamos de emplear fuese adecuado, la tesis debería rechazarse, porque un derecho no puede nunca ser copia, trasunto o reproducción de obligaciones. Además, no entendemos por qué razón no aplica Kelsen a los derechos de crédito, verbigracia, el razonamiento que esgrime al sostener que la libertad y la propiedad no son derechos. Pues el de crédito es correlativo de una obligación, aun cuando ésta no sea general, sino

---

15 Ver el capítulo referente al derecho de acción.

especial. La teoría que discutimos podría aplicarse, con igual rigor lógico, a los derechos personales. Éstos son también *reflejos* de ciertas obligaciones. Pero ello no quiere decir que no existan, ni que sean duplicación inútil del deber correspondiente. Mi derecho a exigir una cosa que he comprado es correlativo del deber del vendedor de entregármela y, sin embargo, no podemos declarar que aquella facultad duplique de manera superflua la obligación del vendedor. Lo único que podemos decir, tratándose de los derechos de crédito, como de cualesquiera otros, es que el derecho subjetivo es correlativo de un deber, general o especial, de una, de varias o de todas las personas.

CAPITULO XIV

CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

SUMARIO

106.—Derechos subjetivos a la propia conducta y a la conducta ajena. 107.—Derechos relativos y derechos absolutos. 108.—Derechos subjetivos privados y públicos. 109.—Clasificación kelseniana. 110.—Derecho del obligado y derecho del pretensor. 111.—Derechos subjetivos dependientes e independientes.

106. DERECHOS SUBJETIVOS A LA PROPIA CONDUCTA Y A LA CONDUCTA AJENA.—Los derechos subjetivos suelen ser divididos en derechos a la propia conducta y a la conducta ajena.

Como caso típico de la primera especie se cita el derecho de propiedad. El dueño de una cosa está facultado para usarla, venderla, permutarla, etc. Ahora bien: éstas, y las demás facultades que la ley le concede, refiérense a la actividad del propietario, y son, por consiguiente, derechos a su propia conducta.

En cambio, mi derecho a exigir la devolución de un libro que he prestado no se refiere a mi propio comportamiento, sino al de otra persona. Si el que ha hecho un depósito desea que lo depositado le sea devuelto, tiene que recurrir al depositario; si el dueño de una finca quiere vivir en ella, le basta con ejercitar el *ius utendi*, y no ha menester de la intervención de otros sujetos.

Cuando el derecho a la propia conducta es de hacer algo, llámase *facultas agendi*; cuando es de no hacer algo, denomínase *facultas omittendi*. El derecho a la conducta ajena recibe, por su parte, la denominación de *facultas exigendi*.

Las *facultates omittendi* existen en dos casos. El primero está constituido por el derecho a la omisión de la conducta ilícita; el segundo, por el que todo el mundo tiene de no ejercitar sus derechos, cuando éstos no se fundan en una obligación propia. Si una conducta está vedada, tengo el derecho de omitirla; si he prestado cien pesos a un amigo, puedo, si lo deseo, no reclamarle el pago de la deuda.

Tanto las *facultates agendi* como las *omittendi* son correlativas de

un deber universal de respeto. En ello difieren de la *facultas exigendi*, que en todo caso es correlativa del deber de una o más personas individualmente determinadas.

En el caso de las facultades de hacer y de omitir, el cumplimiento del deber de respeto permite al titular el pacífico ejercicio de las mismas, sin necesidad de pedir nada a los sujetos pasivos de la relación; en el de la *facultas exigendi*, por el contrario, el concurso del obligado resulta indispensable.

Aun cuando es cierto que en algunos derechos el aspecto más obvio es el que se refiere a la conducta del titular y, en otros, el referido a la ajena, no es menos cierto que en toda facultad existen los dos aspectos de que habla la doctrina. En cuanto posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo, el derecho subjetivo implica siempre la autorización o facultamiento de cierta conducta, positiva o negativa, del titular. Esto ocurre lo mismo en el caso de los reales que en el de los de crédito. Vivir en su propia casa es actividad del propietario, como es actividad del comprador reclamar la entrega de una mercancía. En este sentido, toda facultad jurídica refiérese a la conducta del derechohabiente. Pero como los derechos subjetivos implican la existencia de un deber impuesto a otras personas, el titular no sólo está autorizado para proceder de cierto modo, sino para *exigir* de los sujetos pasivos el cumplimiento de sus obligaciones. Volviendo a los ejemplos, diremos que el dueño de un inmueble no sólo tiene el derecho de vivir en él, sino el de pretender que los demás no se lo impidan. De manera semejante, el que compra un reloj tiene derecho a la conducta impuesta al vendedor, y puede *exigirle* la observancia de lo prescrito, lo que supone una actividad del mismo comprador.

107. DERECHOS RELATIVOS Y DERECHOS ABSOLUTOS.—*Un derecho es relativo cuando la obligación correspondiente incumbe a uno o varios sujetos, individualmente determinados; absoluto, cuando el deber correlativo es una obligación universal de respeto.*—Claude Du Pasquier propone las definiciones siguientes: "Los derechos relativos valen frente a una o varias personas determinadas, mientras los absolutos existen frente a todas. La categoría típica de los relativos es la de los derechos de crédito, llamados también 'personales', en oposición a los reales. Estos últimos representan el grupo más característico de los absolutos. La distinción se funda en la naturaleza del sujeto pasivo y de la prestación. El derecho es absoluto cuando los sujetos pasivos constituyen la universalidad de las personas, a quienes se impone una obligación negativa, es decir, una abstención; por ejemplo: el derecho que cada

quien tiene sobre su propio nombre, obliga a los demás a abstenerse de usurparlo (Código Civil Suizo, art. 28). Los demás derechos son relativos; por ejemplo: los que derivan de un convenio. Sólo pueden ser sujetos pasivos las personas que han sido 'partes' en el mismo, o sus causahabientes. *Res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest.* (Lo que determinadas personas han convenido entre sí no puede beneficiar ni perjudicar a otros.)" [1]

Sabemos ya que el derecho subjetivo no consiste en la voluntad ni en los intereses del titular, aun cuando pueda concordar con ellos. La esencia de todo derecho estriba en una posibilidad jurídica —no un interés o un querer— sino un estar autorizado o facultado para hacer o no hacer algo, en aquellos casos en que se dan los supuestos que condicionan el nacimiento del mismo derecho. En el ámbito de la naturaleza no hay autorizaciones ni permisos; sólo encontramos fuerzas, poderes o atributos. Quien dice facultad (en sentido jurídico) refiérese a una posibilidad de acción concordante con una norma, no a hechos ni fenómenos volitivos. Si una norma me otorga la facultad de proceder de tal o cual manera, no es necesario que mi comportamiento coincida efectivamente con aquélla, ni que haya concordancia entre mi voluntad y mi derecho. Aun cuando no haga uso de las facultades que la ley me concede, éstas subsisten, ya que su existencia no depende de que yo las ejercite.

La distinción no sólo conviene, como algunos afirman, al derecho privado. Es una distinción general, aplicable también al público. El derecho de petición, verbigracia, es relativo, porque existe frente a determinados órganos del Estado; los de libertad son absolutos, ya que pueden hacerse valer contra cualquiera.

No pocos autores sostienen que todo derecho relativo es, al propio tiempo, y en cierto respecto, absoluto, porque su ejercicio debe ser respetado por todo el mundo. El de exigir la devolución de un depósito, por ejemplo, no existe únicamente frente al depositario, sino frente a los demás, porque éstos están obligados a no impedir al depositante que lo haga valer. Sólo que no se trata de un mismo derecho, sino de dos: relativo el primero, absoluto el segundo. Aquella facultad (la de reclamar la cosa) existe frente al depositario; ésta (la de ejercitar o no ejercitar el primer derecho), es absoluta, existe *erga omnes.* Además, el primero es personal, el segundo, de libertad.[2]

---

[1] Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit,* 1937, página 103.
[2] Desenvolveremos estas ideas en el capítulo XVI.

108. DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS Y PUBLICOS.—Paralelamente a la distinción entre derecho privado y derecho público objetivos, se habla de derechos subjetivos privados y públicos. Mejor dicho: la primera clasificación, relativa al derecho como sistema de normas, ha sido aplicada al derecho como conjunto de facultades. Habiendo estudiado ya los criterios que los autores han propuesto para distinguir aquellos conceptos, creemos innecesario repetir nuestras explicaciones, y nos limitaremos a indicar cuáles son las facultades jurídicas que, de acuerdo con las teorías más recientes, suelen ser consideradas como derechos subjetivos públicos, y cuáles como derechos subjetivos privados.

Los últimos divídense en dos grupos: *personales* o *de crédito*, y *reales*. El fundamento de la distinción radica, como lo explicaremos en el capítulo que sigue, en la índole de los deberes correlativos y en la determinación o indeterminación de los sujetos obligados.

En materia de derechos subjetivos públicos, Jellinek distingue, según dijimos antes,[3] tres clases de facultades:

1. Derechos de libertad;
2. Derechos que se traducen en la facultad de pedir la intervención del Estado en provecho de intereses individuales;
3. Derechos políticos.

El conjunto de los derechos públicos de una persona constituye, según la terminología del citado autor, el *status* del sujeto. Es la suma de facultades que los particulares tienen frente al poder público, y representa una serie de limitaciones que el Estado se impone a sí mismo.

109. CLASIFICACION KELSENIANA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.—"La conducta humana—escribe Kelsen—puede hallarse en triple relación con el orden jurídico. O bien el hombre está sometido a la norma, o bien la produce —es decir, participa en su creación de algún modo—, o bien está libre frente a la misma, es decir, no tiene con ella la menor relación. Sin embargo, se habla de libertad en sentido amplio, siempre que la relación con la norma no es de subordinación. En el primer caso, la relación del hombre con el orden jurídico es la de pasividad; en el segundo, la de actividad; en el tercero, la de negatividad."[4]

Cuando la relación entre la conducta y los preceptos jurídicos es puramente negativa, dícese que el sujeto es libre frente a la norma o, para

3 J. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, trad. FARDIS, París, 1913, t. II, pág. 51.
4 KELSEN, *Teoría General del Estado*, trad. LEGAZ LACAMBRA, pág. 197.

emplear la terminología tradicional (combatida por Kelsen), que el sujeto tiene el derecho de ejecutar u omitir aquellos actos no regulados de ningún modo por la ley. Si el hombre se encuentra en relación pasiva frente al orden jurídico, su conducta no representa el ejercicio de un derecho, sino que se traduce en el cumplimiento o la violación de un deber, según que concuerde o no con las exigencias de ese orden. Por último, cuando la persona se halla en relación de actividad con el orden jurídico, e interviene en la creación de nuevas normas, su comportamiento aparece como ejercicio de derechos subjetivos. La intervención del sujeto en la formación de la voluntad del Estado puede manifestarse, ora en la creación de normas genéricas, ora en la de normas individualizadas. En el primer caso, el acto de creación constituye el ejercicio de un derecho político. La creación de normas individualizadas (sentencia judicial, resolución administrativa, contrato, etc.), es realizada unas veces por órganos del Estado; otras, por particulares, ya directa, ya indirectamente.

"En la creación de normas individuales, el hecho condicionante del deber (que es siempre una manifestación de voluntad con el fin de provocar la conducta debida) puede contener o no la manifestación de voluntad del obligado, es decir, puede ser un acto bilateral o unilateral. El ejemplo típico de la segunda especie es el acto imperativo estatal, la sentencia judicial, la resolución administrativa. En realidad, el concepto de derecho subjetivo no tiene aplicación, en las teorías recientes, en este caso de creación de normas o de formación de la voluntad estatal. Se considera dicho acto más bien desde el punto de vista de la función orgánica que del derecho subjetivo (si bien aquí no existe ninguna antítesis, puesto que el elector es considerado tanto como órgano cuanto como sujeto de derecho); y la participación en la formación de la voluntad estatal —que es la definición oficial de los derechos políticos— tiene que ser necesariamente función orgánica. Es indudable que, en los casos de los actos políticos individuales, realizados por regla general por órganos investidos de la calidad de funcionarios, el carácter funcionarista desplaza la orientación subjetiva que late en el concepto de facultad jurídica. En general, no se habla del 'derecho' del órgano, sino de sus 'facultades', de su 'competencia', entendiéndose por competencia no sólo el límite de su poder jurídico, sino ese mismo poder. Sin embargo, hay excepciones; así, por ejemplo, la competencia de los monarcas recibe generalmente la denominación de derecho.

"Un segundo caso de fundación unilateral de deberes existe por determinación de ciertas normas, las cuales hacen depender la realización del acto coactivo (así como la totalidad del procedimiento preparato-

rio del mismo) de una manifestación de voluntad del perjudicado, de la *actio*, demanda o querella. Precisamente en este caso se habla de la existencia de derechos subjetivos propiamente dichos. Realmente, es entonces cuando el interés individual es particularmente atendido. Pero desde el momento en que el presunto titular de un interés tiene a su disposición el orden jurídico, participa en grado extraordinario en la formación de la voluntad estatal, traducida en el acto individual de la sentencia o el acto administrativo."

"El caso típico de la fundación bilateral de deberes constitúyelo el negocio jurídico del contrato. Las normas generales prescriben que, siendo dada la condición de la manifestación coincidente de la voluntad de dos hombres, ambos, o sólo uno de ellos, viene obligado a comportarse de acuerdo con lo pactado. Es el caso típico del derecho subjetivo privado, aunque también aquí el derecho subjetivo consiste en una participación en la formación de una voluntad estatal, en la creación del orden jurídico; pues en ese hecho —conocido con el nombre de 'autonomía privada'— no existe otra cosa que una delegación de la ley a las partes contratantes para determinar por sí mismas el contenido de las normas jurídicas individuales, es decir, para continuar el proceso de creación jurídica." [5]

Las ideas anteriores quedan resumidas en el siguiente cuadro:

a) Pasividad .... Deber jurídico.
b) Negatividad .... Libertad.
c) Actividad .... Derechos subjetivos.

I. Creación de normas generales........ Derechos políticos.

II. Creación de normas individualizadas:

a) Por particulares
- Unilateralmente: derecho de acción
- Bilateralmente: derechos privados subjetivos.

b) Por órganos del Estado.
- Sentencia judicial, resolución administrativa.
- (Competencia.)

Al tratar de la acción y de los derechos políticos haremos la crítica de la clasificación precedente.

[5] Kelsen, *Teoría General del Estado*, trad. Legaz Lacambra, pág. 200.

110. DERECHO DEL OBLIGADO Y DERECHO DEL PRETENSOR.—La persona pasible de un deber jurídico tiene en todo caso el derecho de acatarlo. Por ejemplo, la obligación de cubrir un impuesto condiciona, de manera necesaria, la existencia de una facultad del contribuyente: la de pagar dicho impuesto. Si la ley no concediese a los sujetos a quienes impone obligaciones el derecho de cumplirlas, sería contradictoria, ya que ordenaría y prohibiría, al propio tiempo, un mismo proceder. Empleando una expresión que aparece a menudo en las obras de Husserl, podríamos decir que todo deber jurídico se *funda* en el derecho de acatarlo. Aun cuando en ninguna norma se haga mención de este último, no por ello deja de existir, vinculado indisolublemente a las obligaciones que el orden jurídico estatuye. Tal facultad deriva, lógicamente, del mismo deber jurídico. Se llama *derecho del obligado,* por ser el que éste tiene de cumplir con su deber.

A diferencia de los que se reducen al cumplimiento de una obligación propia, hay otros que no se fundan en un deber del titular. Por ejemplo: el concedido al mutuante, de exigir del mutuario el pago de la deuda, no se basa en una obligación del acreedor. Al referirse al derecho subjetivo, los juristas emplean el término en este sentido, es decir, en el de derecho no fundado en un deber del derechohabiente.

111. DERECHOS SUBJETIVOS DEPENDIENTES E INDEPENDIENTES.—Forman el primer grupo los que se basan en otro derecho o en un deber jurídico del titular; integran el segundo, los no fundados en un deber o en otro derecho del mismo sujeto. La facultad de disponer de nuestras propiedades es independiente, ya que no dimana de un deber jurídico; la que en México se otorga al ciudadano, de intervenir en las elecciones presidenciales, es, en cambio, dependiente, puesto que se funda en el deber de votar.

Los derechos subjetivos de la segunda especie pueden tener su fundamento en una obligación, caso en el cual son *derechos del obligado,* o basarse en otro derecho, en cuyo caso se traducen en la facultad de escoger entre el ejercicio y el no ejercicio del que condiciona su existencia. El de elegir entre el ejercicio o no ejercicio de otro se llama de libertad.[6]

---

[6] Véase el cap. XVI de esta obra.

CAPITULO XV

DERECHO REAL Y DERECHO PERSONAL

SUMARIO

112. PRINCIPALES DOCTRINAS ACERCA DE LA DISTINCION ENTRE DERECHO REAL Y DERECHO PERSONAL.—Para comprobar la exactitud de las definiciones expuestas en el capítulo precedente, nada mejor que hacer un análisis de las diversas clases de derechos subjetivos. En primer lugar, nos referiremos a la distinción entre reales y personales.

Relativamente a este tema estudiaremos, por su orden:

1º *La teoría clásica o dualista, según la cual existe una irreductible oposición entre las dos clases de derechos* (Escuela de la Exégesis).

2º *La teoría monista de la equiparación del derecho personal al derecho real* (Polacco, Gaudemet, Gazin)

3º *La doctrina monista de la equiparación del derecho real a un derecho personal correlativo de una obligación universal negativa.* (Ortolan, Planiol.)

113. DISTINCION ENTRE DERECHO REAL Y PERSONAL, DE ACUERDO CON LA TESIS DE LA ESCUELA EXEGETICA.—En la exposición de esta doctrina seguiremos las ideas que Baudry-Lacantinerie, uno de los representantes más destacados de aquella escuela, desenvuelve en su *Manual de Derecho Civil.*[1] Los derechos que forman el elemento activo del patri-

[1] Citado por BONNECASE en su obra *Précis de droit civil*, tomo II, pág. 33.

monio, escribe el mencionado autor, divídense en reales y personales. *Derecho real es el que ejercitamos en forma inmediata sobre una cosa. Es una facultad en virtud de la cual aquélla nos pertenece, ya en su totalidad, ya en ciertos respectos, según que tengamos sobre la misma un derecho de propiedad o alguno de sus desmembramientos, como las servidumbres o el usufructo.* Si analizamos la relación jurídica a que da origen un derecho real, hallaremos que consta de dos elementos: *a)* el titular del derecho, por ejemplo, el propietario; *b)* el objeto del derecho, la cosa sobre la cual la facultad jurídica se ejerce. La relación entre el sujeto y el objeto es, en este caso, inmediata. El derechohabiente puede obtener directamente de la cosa, sin necesidad de recurrir a intermediario alguno, todas o parte de las ventajas que es susceptible de producir. La inmediatez del vínculo explica el nombre de derecho real, que se ha dado a las facultades de esta especie (*res* = cosa).

El derecho real pertenece a la clase de los absolutos. La ley impone a todo el mundo la obligación de respetar su ejercicio. Por ello se ha dicho que en la relación a que da nacimiento hay un número indefinido de sujetos pasivos. Pero esta obligación negativa, es decir, el deber que todos tienen de no impedir al titular que ejercite su derecho, no merece ser tomada en cuenta, porque no es posible estimarla pecuniariamente. "Nadie tendrá la ocurrencia de inscribir dicha obligación en el pasivo de su patrimonio; al valor positivo que figura en el activo del titular del derecho real, no corresponde un valor negativo en el patrimonio de otra persona. Por esto es que en la noción del derecho real se hace abstracción de los obligados." [2]

Baudry-Lacantinerie divide los reales en principales y accesorios. Los primeros tienen existencia independiente, como la propiedad o el usufructo; los segundos sólo se conciben en conexión con un derecho principal, como la hipoteca o la prenda en relación con un derecho de crédito.

Veamos ahora en qué consiste el derecho personal. Los de esta especie manifiéstanse en una relación jurídica más compleja. En ella hay tres términos, a saber: *a)* el derechohabiente, a quien suele llamarse acreedor (*creditor*) o sujeto activo de la relación; *b)* el obligado, a quien se denomina deudor (*debitor*) o sujeto pasivo de la misma; *c)* el objeto de la obligación, que consiste, ya en un hecho positivo, ya en la prestación de una cosa, ya en una abstención. De acuerdo con lo dicho podemos definir el *derecho de crédito* como la *facultad en virtud de la*

[2] Citado por BONNECASE en su obra *Précis de droit civil*, tomo II, pág. 33.

cual una persona, llamada acreedor, puede exigir de otra, denominada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa.

En el caso de los derechos de crédito, la relación entre el sujeto activo y el pasivo es directa; pero la que existe entre el acreedor y el objeto es mediata o indirecta. Expresado en otro giro: el acreedor no puede obtener por sí mismo, del objeto de su derecho, las ventajas que éste implica, sino que tiene que recurrir al deudor. Si he prestado cien pesos a Pedro, tendré que dirigirme a él para obtener la devolución de lo prestado. En cambio, si soy dueño de una casa no he menester de nadie para usarla o disponer de ella.

Otra de las diferencias entre las dos clases de derechos consiste en que los primeros valen *erga omnes*, es decir, frente a todo el mundo, en tanto que los segundos son relativos.[3] A la facultad jurídica del titular de un derecho de crédito corresponde en todo caso una obligación especial de uno o más sujetos individualmente determinados. En cambio, la facultad jurídica que llamamos derecho real no es correlativa de obligaciones especiales, sino que todas las personas, indistintamente, deben respetarla.

El enunciado de un derecho personal es más complicado que el de un derecho real. "Enuncio claramente un derecho real diciendo: soy propietario de tal cosa; tengo un derecho de usufructo o un derecho de servidumbre sobre tal otra. Por el contrario, enuncio de manera incompleta un derecho personal si afirmo: soy acreedor de tal cosa, de tal suma de dinero, por ejemplo. ¿Acreedor de quién? Esto es lo esencial. Mi crédito es excelente si el deudor es de reconocida solvencia; carece de valor si es insolvente. Es, pues, necesario, indicar la persona del sujeto pasivo, decir, verbigracia: tengo un crédito de mil francos contra Pablo." [4]

En lo que concierne al objeto también hay importantes diferencias entre las dos categorías de derechos. El real recae sobre una cosa. El de crédito puede tener como objeto la prestación de una cosa, un hecho positivo o una abstención. Además, el primero se refiere a una cosa individualmente determinada, mientras que el segundo puede recaer sobre un objeto determinado sólo en género, no en especie (por ejemplo, cuando una persona vende a otra cien kilogramos de café de tal o cual clase).

114. TEORÍA MONISTA DE LA EQUIPARACIÓN DEL DERECHO PERSONAL AL DERECHO REAL (V. POLACCO).—En su libro *La dazione in pagamento*

---

[3] Ver sección 110.

[4] Citado por BONNECASE, *Précis de droit civil*. II, pág. 33.

(1888), Vittorio Polacco sostiene que "en las obligaciones, más que una voluntad vinculada a otra, existe un vínculo entre dos patrimonios considerados como personalidades abstractas. Un determinado patrimonio es el que debe cierta prestación a otro determinado patrimonio, y las personas, entre las que parece que nace el vínculo, no son más que los órganos, los representantes, por lo demás subrogables, de las respectivas personalidades patrimoniales" (pág. 148, cita y traducción de Alberto Vázquez del Mercado en su obra *Concesión Minera y Derechos Reales*, Porrúa Hermanos y Cía. México, 1946, pág. 23). De acuerdo con Vázquez del Mercado, Eustache Pilon, en su estudio *Ensayo de una teoría general de la representación en las obligaciones* (1897) difundió en Francia la teoría de Polacco, y diez años más tarde fue acogida por Gaudemet en la monografía titulada *Estudio sobre la cesión de deudas a título particular* (1898). Si la paternidad de aquella teoria se atribuye a Gaudemet —escribe el mismo Vázquez del Mercado— ello se debe a que el autor francés no cita al italiano. Gaudemet sostiene que el derecho personal no es derecho sobre las personas o frente a ellas, sino facultad sobre los bienes. En el caso del derecho real la facultad se ejerce exclusivamente sobre una cosa determinada, mientras que el personal recae sobre una colectividad de bienes. En forma parecida, Gazin afirma que "el derecho real es una relación entre una persona como sujeto activo y todas las demás como sujetos pasivos. El derecho personal es, podría decirse, un derecho real indeterminado en cuanto al objeto en que recae".[5] Es cierto que el deudor debe responder, con todos sus bienes, de los compromisos que ha contraído; pero la facultad otorgada al acreedor de exigir que, en caso de incumplimiento, se haga efectivo su crédito en el patrimonio del obligado, es distinta del derecho real. Por ello es que, para hacer efectiva la garantía, tiene el derechohabiente que recurrir a los tribunales.[6] Planiol hace en los siguientes términos la crítica de las ideas de Gaudemet y de Gazin: "Puedo concebir —escribe— el cambio de personas en una relación jurídica, sin necesidad de afirmar que la persona representa a sus bienes y el deudor es el patrimonio; para ello no hace falta dejar de ver en la obligación un vínculo jurídico entre dos personas; basta con admitir la sustitución de un sujeto por otro, y declarar, como Salpius, que la personalidad del deudor es indiferente, lo que hace de la deuda algo impersonal". "Por otra parte, ¿cómo explicar con esta concepción (ya que Gazin rechaza la teoría de Aubry y Rau de que un individuo que carece de bienes sólo posee, como escribe elegantemente Demogue, un 'patrimonio potencial', es decir, la capacidad o posibilidad de adquirir un patrimonio, cómo explicar que una persona semejante, cuya bolsa está vacía, pueda obligarse, si la obligación recae sobre los bienes?..."[7]

115. TEORIA MONISTA DE LA EQUIPARACION DEL DERECHO REAL A UN DERECHO PERSONAL CORRELATIVO DE UNA OBLIGACION UNIVERSAL NEGATIVA. TESIS DE PLANIOL.—Según el jurista francés Marcel Planiol, todo derecho privado subjetivo es una facultad correlativa de obligaciones personales. Planiol niega enfáticamente la posibilidad de que entre una persona y una cosa haya relaciones de carácter jurídico. Veamos en qué forma combate la teoría de la Escuela de la Exégesis: "He aquí, más o menos, la definición corriente del derecho real: hay un *derecho de esta clase cuando una cosa se encuentra sometida, completa o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata, oponible a todo el mundo* (Aubry et Rau, t. II, 172). Esta definición implica, como nota esencial del derecho real, la creación de un vínculo entre un sujeto y una cosa. Con esto quiere decirse que, en todo derecho real, no hay intermediario entre el titular de la facultad y la cosa sobre la que el derecho recae. Si soy propietario de una casa tengo el derecho de habitarla; para el ejercicio del mismo puede hacerse abstracción de cualquiera otra persona diversa del derechohabiente. Otra cosa sería si sólo fuese arrendatario; no tendría entonces sobre el inmueble ningún derecho que me perteneciese en lo personal; sería únicamente acreedor de su propietario, quien estaría obligado a procurarme el goce de aquél. Si el dueño no se hubiese ligado contractualmente conmigo, no tendría yo sobre la casa derecho alguno. . ."

"Este análisis del derecho real explica bastante bien las apariencias; nos da una idea del mismo que se adapta de manera satisfactoria a las necesidades de la práctica. Tiene un aspecto claro y simple, porque ofrece en cierto modo una visión concreta de la propiedad y demás derechos reales; nos muestra al propietario o al usufructuario en posesión de sus bienes, respetado por todo el mundo en el goce de éstos, sin necesidad de pedir nada a nadie. En el fondo, empero, la concepción a que aludimos es falsa. La relación directa es un hecho, llamado posesión, y estriba en la posibilidad de detentar la cosa y servirse de ella como dueño. Entre una persona y una cosa no puede existir un vínculo jurídico; semejante relación carecería de sentido. Por definición, todo derecho es un vínculo entre personas. Es éste un axioma inquebrantable, la verdad elemental en que se funda toda la ciencia del derecho. En otros términos: el derecho real, como todos los demás, tiene necesariamente un sujeto activo, un sujeto

[7] Citado por BONNECASE, *Précis de droit civil.* II, pág. 41.

pasivo y un objeto. La definición clásica comete el error de suprimir al sujeto pasivo y limitarse a los otros dos términos, al declarar que el derecho real es solamente la relación entre el sujeto activo y el objeto de su derecho, la cosa poseída..." [8]

En la relación jurídica en que el derecho real se manifiesta hay, como en todo vínculo de esta clase, dos términos: el titular y todas las demás personas, a quienes la ley impone la obligación de abstenerse de cualquier acto que impida o estorbe al derechohabiente el ejercicio de las facultades de que dispone. El derecho real es correlativo de una obligación negativa universal y, por esto, "el propietario difiere del ladrón que, como él, se halla asimismo en relación directa con la cosa". Mientras los obligados cumplen con su deber, la relación jurídica entre el titular y las demás personas pasa inadvertida; pero se hace visible en el momento en que alguno de ellos molesta al derechohabiente. Éste puede, en tal hipótesis, rechazar la intromisión o el ataque, y la razón de que esté facultado para hacerlo radica en la existencia del nexo obligatorio.

"Los derechos reales —observa Planiol— no son las únicas relaciones obligatorias que comprenden como sujetos pasivos a todos los hombres, excepción hecha del sujeto activo. Existen muchas obligaciones legales establecidas de pleno derecho entre las personas, que se caracterizan por ser universales en su aspecto pasivo, como los derechos reales. Para mayor semejanza, dichas obligaciones legales tienen un objeto negativo; como el derecho real en su aspecto pasivo, imponen sólo una abstención. Entre ellas se encuentran las obligaciones de respetar la vida, el honor y la salud de terceros. Estas relaciones obligatorias tienen como acreedor a un solo sujeto. La analogía es sorprendente. La vida y el honor son bienes garantizados de la misma manera que la propiedad de las cosas, por medio de una obligación universal negativa, establecida en nuestro provecho. Son los derechos que Roguin, Boistel y muchos otros jurisconsultos llaman absolutos, para formar una clase única que abarca a los reales y se opone con tal nombre a los de crédito o personales, que no son sino derechos relativos, oponibles solamente a uno o varios sujetos." [9]

Las ideas expuestas anteriormente pueden resumirse del siguiente modo:

---

[8] Citado por BONNECASE, *Précis de Droit Civil*, pág. 43.

[9] Citado por BONNECASE, *Précis de Droit Civil*, II, pág. 41.

a) El derecho de crédito es una facultad correlativa de obligaciones especiales. Existe frente a uno o varios sujetos individualmente determinados. El real, en cambio, es correlativo de una obligación universal de respeto. Expresado con otras palabras: el personal es relativo; el real, absoluto.

b) La obligación correspondiente al derecho real no implica una restricción de las facultades naturales o legales de los obligados, ni significa para ellos un sacrificio económico. El deber correspondiente al personal, por el contrario, significa en todo caso una merma de las facultades del deudor. Se traduce siempre en la prestación de una cosa, en un hecho positivo o en una abstención que, a diferencia del simple deber de respeto, recorta en alguna forma los derechos del sujeto pasivo. Tal obligación, además de impedirle algo que en otro caso podría realizar, representa un valor negativo en su patrimonio.

c) "El derecho real no puede existir sino relativamente a una cosa determinada; no serían concebibles la propiedad, el usufructo, ni los demás derechos reales, sobre una cosa que no tuviera tal carácter. Por lo contrario, la que forma el objeto de la prestación a que un deudor está obligado, puede designarse señalando solamente su cantidad y naturaleza, por ejemplo: entrega de 1,000 kilos de carbón; se afirma entonces que se halla determinada *in genere* y no *in specie* o, como se dice en francés, que su objeto es un *género* y no una cosa *(corps certain)*. Esta diferencia explícase fácilmente, porque el derecho real tiene siempre por objeto garantizar el hecho de la posesión, que es algo concreto y no puede existir sino sobre cosas determinadas."

116. TESIS DE ORTOLAN.— La doctrina de Planiol es desenvolvimiento de la defendida mucho tiempo antes por Ortolan, en una obra titulada *Generalización del Derecho Romano.*[10] El citado jurista resume así las diferencias entre las dos clases de facultades: "Todo derecho, en definitiva, si se quiere llegar hasta el fondo de las cosas, se resume en la facultad que tiene el sujeto activo de exigir del pasivo alguna cosa: pues lo único que es posible exigir inmediatamente de una persona es que haga o se abstenga de hacer, es decir, una acción o una omisión. A esto se reduce todo derecho. La necesidad que tiene el sujeto pasivo de hacer o de abstenerse, es lo que se llama en el lenguaje jurídico obligación.

[10] ORTOLAN, *Generalización del Derecho Romano*, trad. PÉREZ ANAYA y PÉREZ RIVAS, Madrid, 1887, pág. 88.

Todo derecho, en definitiva y sin excepción, si se quiere llegar al fondo de las cosas, estriba en obligaciones."

"Éstas son de dos especies: la una general, propia de todas las personas, consiste en la necesidad que todas tienen, sin distinción, de dejar hacer al sujeto activo del derecho, de dejarle obtener el provecho y la utilidad que su derecho le atribuye, y no oponer a ello ningún obstáculo. Es una obligación general de abstenerse. Esta última existe en todo derecho, pues en todo derecho hay siempre, por una parte, el sujeto activo, a quien el derecho se atribuye; y, por otra, la masa de todos los hombres, de todas las personas obligadas a abstenerse, a dejar obrar a aquel a quien pertenece el derecho, y a dejarle en libertad de obtener el provecho y las ventajas que le corresponden."

"Pero si esta obligación general y colectiva existe en todo derecho, hay casos en que se halla sola, sin que exista otra, en que el derecho confiere al sujeto activo la facultad de sacar directamente de una cosa una utilidad, una ventaja mayor o menor, sin otra obligación que la impuesta a todos de dejarle que haga, y la de que se abstengan de poner obstáculo y de turbar a los demás en su derecho."

"Hay casos, por lo contrario, en que fuera de esta obligación general siempre existente, confiere el derecho al sujeto activo la facultad de obligar a una persona individualmente determinada a una acción, como dar, suministrar, hacer alguna cosa, o a una omisión, como permitir o sufrir o dejar hacer alguna cosa. En este caso el sujeto pasivo del derecho es, por decirlo así, doble: por una parte, el conjunto de todas las personas obligadas a no poner ningún obstáculo al goce del derecho; por otra, el sujeto individualmente pasivo, obligado a hacer o no hacer alguna cosa."

117. JUICIO CRITICO.—De las teorías expuestas creemos que sólo es verdadera la de Planiol. La concepción del derecho real como vínculo jurídico entre una persona, sujeto activo, y una cosa, objeto del derecho, es enteramente falsa. Toda relación jurídica se resuelve en facultades y deberes; por ende, una cosa no puede formar parte de aquélla. Derechos y deberes los tienen solamente las personas. Estrictamente hablando, lo que se llama *objeto de una obligación* no es la *cosa material* que eventualmente debe ser suministrada por el deudor (por ejemplo, lo cambiado

en el caso del contrato de permuta), sino la *obligación* de entregar aquélla. De manera semejante, lo que los autores franceses denominan *objeto del derecho,* no es la cosa de que el titular puede disponer o disfrutar (derecho real), o la que está facultado para exigir de otra persona (derecho de crédito); es la *facultad misma,* es decir, la posibilidad de hacer o no hacer lícitamente algo.

Las razones que Planiol hace valer contra la concepción tradicional de los derechos reales, son aplicables a la tesis de Gaudemet y Gazin. Estos autores no solamente incurren en el error combatido por Planiol, sino que lo duplican. El hecho de que el deudor responda con todos sus bienes de las obligaciones que ha contraído, no significa que los derechos correlativos sean derechos contra los bienes. La facultad del acreedor corresponde a un deber del deudor. Y esta obligación no debe ser confundida con las garantías que la ley concede al acreedor, como tampoco debe confundirse la facultad correlativa (derecho a la prestación) con el derecho que el acreedor puede ejercitar, en el supuesto de que el obligado no cumpla (derecho de acción).

Relativamente a la tesis de Ortolan, queremos llamar la atención del lector sobre el hecho de que el citado jurista, en el último de los párrafos transcritos, confunde el derecho de crédito con el de libertad, al sostener que en este caso "el sujeto pasivo del derecho es, por decirlo así, doble: por una parte, el conjunto de personas obligadas a no poner ningún obstáculo al goce del derecho; por la otra, el sujeto individualmente pasivo, obligado a hacer o a no hacer alguna cosa". No es que el derecho de crédito sea correlativo de dos obligaciones distintas, como dice Ortolan; lo que ocurre es que en el personal se funda otro diverso, conocido con el nombre de derecho de libertad. Hay, pues, dos relaciones jurídicas diferentes. La primera se da entre el acreedor y el o los deudores, y consiste en la facultad que aquél tiene de exigir de éstos un hecho, una abstención o la entrega de una cosa; la segunda existe entre el mismo acreedor y todas las demás personas, y estriba en el deber de respetar el ejercicio del derecho de crédito.[11] Las definiciones aceptadas por nosotros, son, pues, las siguientes:

[11] Desenvolveremos con toda amplitud estas ideas en el capítulo que sigue.

Derecho de crédito es la facultad que una persona, llamada acreedor, tiene de exigir de otra, llamada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa.

Derecho real es la facultad —correlativa de un deber general de respeto— que una persona tiene de obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que ésta es susceptible de producir.

CAPITULO XVI

EL DERECHO DE LIBERTAD

SUMARIO

118.—Principales acepciones de la palabra libertad. 119.—Definición del derecho de libertad. 120.—Acepciones positivista y no positivista del término libertad jurídica.

118. PRINCIPALES ACEPCIONES DE LA PALABRA LIBERTAD.—Es poco probable que en el léxico científico y filosófico, e incluso en el cotidiano, haya muchas voces tan equívocas como la palabra *libertad*. Podríamos compararla a esos útiles construídos por el hombre para un fin especial, que algunas veces son también empleados, con mayor o menor éxito, en la consecución de otros propósitos. Una plegadera, por ejemplo, puede usarse como arma; un facistol, servir de caballete. De modo semejante, vocablos que en un principio tuvieron una acepción claramente definida, reciben, andando el tiempo, otras muy diversas, hasta que llega un día en que no se sabe cuál fue el sentido originario. Sucede con ellos —dice Jellinek— lo que con algunas monedas muy antiguas: pasan por tantas manos que el cuño se borra, y a la postre es difícil decir si están fuera de curso.

El concepto a que aludimos es tan flexible, tiene tantos matices, que ha podido aplicarse no sólo al individuo y su conducta, sino a los animales y a las cosas; unas veces, en sentido físico; otras, para expresar ideas morales o jurídicas.

En las conversaciones diarias, por libertad se entiende *la ausencia de trabas* en relación con los movimientos posibles de una persona, un animal o un objeto. Del reo encerrado en su celda decimos que no es libre, y en el mismo sentido declaramos que han quedado en libertad el gas que se desprende de una probeta, al producirse una reacción química, o el pájaro que escapa de las rejas de su jaula.

La acepción que acabamos de citar es puramente mecánica. Alude a una simple posibilidad de movimiento, frente a la que no hay obstáculos capaces de destruirla o limitarla. Por esta razón, al referirse el escri-

tor inglés Hobbes al concepto que analizamos, dice que no podríamos considerar privados de libertad al hombre imposibilitado para moverse (un paralítico, verbigracia), o a la piedra tirada en medio del camino.[1]

El término se emplea igualmente para indicar la carencia de ocupaciones o la extinción de una pena, como cuando hablamos de la vida libre del vagabundo o decimos que un semejante se ha liberado de un gran dolor.

En el lenguaje corriente posee asimismo la palabra un significado moral, y en tal sentido se aplica a las personas que observan una conducta escandalosa o llevan una vida contraria a las exigencias del decoro. El vocablo es entonces sinónimo de libertinaje o indecencia.

Las acepciones de esta voz proteica no son menos numerosas en la terminología filosófica y jurídica. Conviene, desde luego, distinguir la libertad como atributo de la voluntad del hombre, de la libertad como derecho. Aquélla es generalmente concebida *como poder,* o facultad natural de autodeterminación. Podría definirse diciendo que es la aptitud de obrar por sí, o sea, sin obedecer a ninguna fuerza o motivo determinante. Es, como diría Kant, una causalidad cuyo primer momento es sólo causa, no efecto de otra causa.

No podemos discutir aquí el difícil problema del libre albedrío, ni mencionar siquiera las múltiples formas en que, a través de las épocas, ha sido planteado y se ha pretendido resolverlo. Tan sólo deseamos distinguir la libertad del querer, como *hecho,* de la jurídica, que es *facultad derivada de una norma.* No se nos oculta que el término *facultad* es ambiguo, y que generalmente se emplea para designar diversas aptitudes y predisposiciones naturales, que nada tienen que ver con el derecho de libertad. Alabamos, verbigracia, las *facultades* extraordinarias de un virtuoso del violín y, en sentido todavía más amplio, solemos hablar de las *facultades* del alma. En estos giros, el vocablo equivale a aptitud o atributo.

La libertad jurídica no es poder, ni *capacidad* derivada de la naturaleza, sino *derecho.* Podríamos decir, con toda justicia, autorización. Estar autorizado significa tener el derecho de realizar u omitir ciertos actos. Los alemanes expresan esta idea con el verbo *dürfen,* sin equivalente en castellano.

Frecuentemente se afirma que, desde el punto de vista jurídico, se es libre de hacer o no hacer aquello que no está prohibido. Como lo demostraremos más adelante, la anterior afirmación es incorrecta. Hay numerosas acciones no vedadas por el derecho que, sin embargo, no per-

[1] Thomas Hobbes, *Leviathan.* Everyman's Library, London, 1937, pág. 110.

tenecen al sector de la libertad. Aludimos a los actos prescritos por la ley, es decir, a los que representan el cumplimiento de un deber jurídico. En relación con ellos no existe aquel derecho. El obligado a observar una conducta determinada no está facultado (normativamente hablando) para dejar de observarla, aun cuando, de hecho, falte a su deber. La violación de la norma es entonces una manifestación del libre albedrío, mas no representa el ejercicio de la libertad jurídica.

En todos los tiempos, numerosos autores han pretendido oponer a la jurídica una supuesta *libertad natural,* ajena a toda regulación, cuyos límites coincidirán con los de la fuerza de cada individuo. Usando el término en la forma que acabamos de explicar, decía Spinoza que en el estado de naturaleza el derecho de cada uno se extiende hasta donde llega su poder. Este concepto ha desempeñado importantísimo papel en la historia de las doctrinas filosófico-jurídicas y, especialmente, en la evolución de las teorías políticas. Frente a la libertad jurídica, normativamente limitada, colócase la *libertad absoluta de la naturaleza.* De esta suerte, aquélla aparece como una deformación de la libertad verdadera; el derecho resulta un grillete, y el Estado un mal. No es, pues, extraño que los defensores más decididos de esa supuesta libertad absoluta sean los anarquistas.

La noción ha sido utilizada asimismo por los partidarios de la doctrina del contrato social. Esta tesis, so pretexto de explicar el origen de la comunidad política, pretende referir la validez del orden jurídico a la voluntad de los particulares, ya que ve en el derecho el fruto de un contrato, celebrado por ellos en uso de su autonomía. De aquí que la doctrina contractualista y la *teoría del reconocimiento* se hallen situadas en el mismo plano, y persigan una finalidad idéntica.

119. DEFINICION DEL DERECHO DE LIBERTAD.—Al hacer el análisis de las relaciones entre deber jurídico y derecho subjetivo pudimos percatarnos de que las facultades que no se fundan en un deber del titular constituyen sólo una especie dentro de un género, y que, al lado de ellas, existe la categoría de las de ejercicio obligatorio. Como el derecho subjetivo es una facultad normativa de acción o de omisión, nada impide aceptar que su ejercicio sea en ciertos casos potestativo, obligatorio en otros. Tan lícito es hacer lo que se debe, como ejecutar u omitir lo que, estando permitido, no se encuentra jurídicamente prescrito.

En cuanto derecho dependiente, el del obligado se basa siempre en un deber. La relación entre éste y el derecho de cumplirlo es de las que los lógicos llaman *de fundamentación.* Trátase de una relación unilateral de dependencia, en que el deber jurídico es fundante del derecho

al cumplimiento, y éste aparece fundado en aquél. El vínculo es *unilateral,* porque la existencia del derecho está condicionada por la del deber, mas no a la inversa.

La facultad de que hablamos no requiere una consagración expresa, pues cada vez que la ley impone un deber a un sujeto, implícitamente lo autoriza a hacer lo que le manda. Poco importa que el legislador tenga o no conciencia de tal hecho, pues la facultad en cuestión existe siempre, como manifestación ineludible del deber jurídico. La regulación imperativo-atributiva no puede prohibir y ordenar, a la vez, un mismo acto, de donde se sigue que el deber por ella impuesto condiciona la existencia del derecho al cumplimiento. La ejecución de lo jurídicamente obligatorio no puede ser ilícita o, lo que es igual, siempre se permite. A esto, y no a otra cosa, se reduce el aserto de que todo el mundo tiene el derecho de cumplir sus propios deberes.

Declarar que un acto está permitido equivale a sostener que puede ejecutarse en ejercicio de un derecho. La relación entre el deber fundante y la facultad fundada no depende de la voluntad de los órganos legislativos, sino de conexiones esenciales de carácter formal entre deber y derecho. Sea cual fuere el contenido de las normas que integran cada sistema, los deberes establecidos por ellas son, en todo caso, por necesidad lógica esencial, fundantes del derecho al cumplimiento. Así es, y no puede ser de otra suerte, porque la conexión entre el deber fundante y el derecho de cumplirlo tiene carácter apriorístico. El legislador no podría destruir tal conexión, aunque quisiera, como no puede impedir que los ángulos de un triángulo sumen 180 grados, o que la distancia mínima entre dos puntos sea la línea recta.

Es necesario distinguir, con todo cuidado, las relaciones jurídicas en que aparecen insertos el deber fundante y el derecho de cumplirlo. A la primera puede llamársele *relación jurídica fundante;* a la segunda, *relación jurídica fundada.*

Sujeto activo de aquélla es la persona a quien se permite exigir del obligado el cumplimiento de su deber; sujeto pasivo, el mismo obligado. La fundada tiene en cambio, como sujeto activo, a este último, en su carácter de titular del derecho a la observancia de su propia obligación, y como sujetos pasivos a las demás personas, a quienes se impone el deber de respetar el ejercicio de tal derecho.

Mientras el deber correlativo del derecho del obligado es, en todo caso, una obligación universal de respeto, el fundante corresponde a uno o varios sujetos (nunca a todos) y puede tener contenido positivo o negativo.

En la relación fundante el obligado desempeña el papel de sujeto

pasivo; en la fundada es sujeto activo. El titular del derecho correspondiente al deber fundante (sujeto activo de la relación en que tal deber se halla inserto) es en la fundada uno de los sujetos pasivos, lo cual significa que debe respetar el cumplimiento de la obligación fundante.

Si en vez de preguntarnos por las distintas especies de derechos subjetivos, volvemos al plano de los *actos jurídicamente regulados*, descubriremos que necesariamente pertenecen a una de estas tres categorías: *ordenados, prohibidos, potestativos.* Y esta clasificación sirve de base a la definición tradicional de la libertad como derecho.

En sentido negativo, *libertad jurídica es la facultad de hacer o de omitir aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos.* En otras palabras: ese derecho se refiere siempre a la ejecución o la omisión de los actos potestativos.

El sector de lo jurídicamente potestativo comprende todas las formas de conducta que el derecho no prohíbe ni ordena. La posibilidad de definir, por exclusión, el ámbito de la actividad jurídicamente libre, ha hecho creer a varios autores que ese ámbito debe ser considerado como un espacio jurídicamente vacío. La relación entre el orden jurídico y todas esas formas de comportamiento que el derecho no prohíbe ni manda es, de acuerdo con una expresión acuñada por Kelsen, puramente *negativa.* Erróneamente se piensa que los actos de esta clase no están jurídicamente regulados. Tales actos quedarían, de acuerdo con la misma doctrina, fuera del derecho, normativamente desligados de éste, en una zona adiáfora o neutra, desprovista de significación jurídica. Quienes de tal opinión participan olvidan dos cosas: 1º Que el sector de lo potestativo no está exclusivamente integrado por esas formas de conducta que no son objeto de una regulación *expresa;* 2º Que la circunstancia de que una conducta no sea materia de regulación, no la priva de su carácter potestativo (en el supuesto, claro está, de que no se encuentre ordenada ni prohibida).

En relación con el primer punto, recordemos que las normas del derecho pueden conceder expresamente la facultad de realizar u omitir determinados actos, como ocurre, verbigracia, en el caso del artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según el cual "todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar su residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. . ."

En cuanto al segundo punto, conviene no olvidar que aun cuando ninguna norma confiera a un acto de esa especie carácter potestativo,

el acto tiene tal carácter, porque el orden jurídico concede en forma presunta la facultad de hacer u omitir lo que sus normas no ordenan ni vedan. La prueba está en la prohibición de que ese sector de actividad libre sea atacado. La imposición del deber de respetar la zona de actividad potestativa implica el tácito otorgamiento del derecho de ejecutar u omitir los actos comprendidos dentro de ese ámbito. Si tal derecho no existiese, ninguna necesidad habría de prohibir las interferencias. La norma que impone un deber jurídico a uno o más sujetos, correlativamente concede a otro u otros un derecho subjetivo. Si se limitase a imponer obligaciones, sin conceder las correspondientes facultades, no sería en realidad un precepto de derecho.

Kelsen sostiene que la posibilidad de ejecutar u omitir los actos que no están ordenados ni prohibidos es un simple "reflejo" del deber impuesto a todo el mundo de *no impedir* que se ejecuten (si el sujeto quiere ejecutarlos), y *no exigir* que se ejecuten (si no quiere ejecutarlos). De acuerdo con la tesis del jefe de la Escuela Vienesa no tengo el derecho de dar o no dar un paseo, porque el hacer o no hacer tal cosa sólo implica el disfrute de una situación creada por el cumplimiento de un deber jurídico impuesto a todos los demás. ¿Pero cómo —de no existir tal derecho— podría justificarse la imposición del deber de respeto? ¿Si no estoy facultado para hacer lo que todos los demás tienen el deber de no impedir, por qué se obliga a éstos a no estorbar *lo que no tengo el derecho de hacer?* Se ha sostenido [2] que lo único a que tenemos derecho, en relación con los actos cuya ejecución u omisión no se nos ordena ni prohíbe, es a exigir que los demás no interfieran en nuestra conducta, si no hay una norma que expresamente autorice la interferencia. Según esto, tenemos el derecho de exigir que no se nos impida pasear por un parque, pero no estamos facultados para dar el paseo, pese a la circunstancia de que todos los demás están obligados a no estorbar esa manifestación de nuestra actividad libre. Pero si no tengo el derecho de pasear por el parque, ¿cómo es que se me otorga la facultad de repudiar cualquier impedimento? Dícese que puedo jurídicamente exigir que no se me impida pasear porque todos los demás están obligados a no estorbar que lo haga. De acuerdo con esta opinión, el derecho correlativo del deber que los otros tienen de no impedirme que pasee, no es el de pasear, sino el de exigir que ello no se me impida. Esto equivale a declarar que *tengo el derecho de exigir que otros se abstengan de impedirme que haga lo que no tengo el dere-*

[2] RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Teoría Jurídica de la Conducta*, Ediciones Botas, México, 1947, págs. 65 y siguientes, en donde el autor discute nuestra teoría sobre el derecho de libertad.

cho de hacer. A tan extraña conclusión sólo puede llegarse cuando se olvida que la facultad correlativa de la obligación universal es un derecho absoluto, y que éste puede ser ejercitado sin necesidad de exigir nada a los sujetos pasivos. Cuando alguno de los obligados falta al cumplimiento de su obligación, el titular de la facultad correlativa puede exigir la remoción del impedimento. La exigibilidad del deber de respeto depende de la comisión del acto violatorio; pero el citado deber existe desde un principio y, en este sentido, el derecho correlativo aparece como *facultas exigendi*. Si, como enseña Del Vecchio,[3] el destinatario final de la norma jurídica no es el obligado, sino el pretensor, resulta casi inexplicable que la posibilidad normativa de ejecutar u omitir un acto no ordenado ni prohibido se relegue a un espacio jurídicamente vacío, o sea vista como simple "reflejo" de un deber universal, al que no correspondería ningún derecho.

La clasificación tripartita de las formas de conducta jurídicamente reguladas (obligatorias, prohibidas, potestativas), que sirve de base a la definición tradicional del derecho de libertad, demuestra que el sector de la actividad libre no se confunde con el de lo permitido, ya que, desde el punto de vista jurídico, no sólo se autoriza la ejecución o la omisión de los actos potestativos, sino la ejecución de los ordenados y la omisión de los prohibidos. *Lo permitido* coincide, pues, con *lo lícito*, y *lo prohibido* con *lo ilícito*. Pero como la actividad lícita rebasa el ámbito de lo jurídicamente libre, esa actividad puede ser *obligatoria* o *potestativa*. La conducta lícita es obligatoria cuando se permite su ejecución y se prohíbe su omisión; potestativa, cuando no sólo se autoriza su ejecución, sino también su omisión. Pagar un impuesto, por ejemplo, es lícito y, a la vez, obligatorio, en cuanto se prohíbe no pagarlo. En cambio, el acto de beber un vaso de agua es lícito, mas no obligatorio, porque su omisión está permitida.

Resumiendo, podemos decir que es lícita:

a) la ejecución de los actos ordenados;
b) la omisión de los prohibidos;
c) la ejecución y la omisión de los que no están ordenados ni prohibidos.

Es ilícita:

a) la omisión de los actos ordenados;
b) la ejecución de los prohibidos.

---

[3] Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, trad. Recaséns Siches, I, págs. 112 y siguientes.

En su libro *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggetivi*, afirma Hugo Rocco que la libertad jurídica sólo puede definirse negativamente.[4] Esta aseveración es incorrecta. El derecho de libertad *puede* y *debe* ser definido en forma positiva, pues de lo contrario se indican sus límites, mas no su esencia.

Libertad jurídica, en sentido positivo, es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio.

De la definición anterior se infiere que el de libertad no es derecho autónomo, sino dependiente o fundado. Más que una especie al lado de otras, dentro de la clasificación general de los subjetivos, es una forma categorial de manifestación de todos los que no se fundan en un deber jurídico.

El nexo entre tal derecho y las facultades que lo sustentan puede expresarse diciendo que estas últimas son *de primer grado*, en tanto que aquél es *de segundo*. La libertad, en sentido jurídico, es una *facultas optandi*, ya que consiste en el derecho concedido al titular de la facultad independiente, de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de ésta.

Como se ejercita optando, el de libertad puede manifestarse tanto en el ejercicio como en el no ejercicio del derecho en que descansa. En el primer caso, el deber correlativo consiste en no impedir al titular el ejercicio de la facultad fundante; en el segundo, en no exigirle que la ejercite, si no quiere ejercitarla. La opción, en cuanto tal, es un fenómeno interno; pero puede manifestarse exteriormente, ya a través del ejercicio, ya a través del no ejercicio del otro derecho. De aquí que se obligue a todo el mundo a respetar las dos formas de exteriorización del mismo fenómeno. Cuando la libertad jurídica se manifiesta en el ejercicio de la facultad fundante, aparece ante nosotros como *facultas agendi*; cuando se manifiesta en el no ejercicio, como *facultas omittendi*. Decir que el titular de la facultad fundada tiene el derecho de optar entre el ejercicio o no ejercicio de la fundante, equivale a sostener que puede lícitamente hacer u omitir lo que constituye el objeto del derecho de primer grado. Esto no significa que, en vez de uno, haya tres derechos de libertad *(facultas optandi, facultas agendi, facultas omittendi)*, porque la *facultas optandi* (en que la libertad jurídica realmente consiste), sólo puede manifestarse a través de una acción o

[4] Pág. 346 (en nota).

una omisión. Dicho de otro modo: la facultad de optar entre hacer y no hacer algo necesariamente implica la licitud de la acción y la omisión. Pues tanto la facultad de hacer lo que se tiene el derecho de omitir, como la de omitir lo que se tiene el derecho de hacer, presuponen la *facultas optandi*, que en ellas se refleja o traduce.

La relación en que el derecho de libertad se halla inserto es una relación fundada. Fundante de ella es la que existe entre el titular del derecho de primer grado y el sujeto pasible de la obligación correlativa.

El de libertad puede fundarse en un derecho absoluto o en un derecho relativo, pero siempre conserva su carácter absoluto. Pongamos un par de ejemplos: el propietario de un edificio no sólo tiene el derecho de venderlo, sino el de optar entre hacer y no hacer tal cosa. El comprador de un reloj tiene el derecho de exigir que éste se le entregue y, además, el de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de la facultad fundante. En el primer caso, el derecho independiente es absoluto; en el segundo, relativo. La facultad fundada es absoluta en ambos.

Cuando, a consecuencia de la realización de un solo supuesto jurídico, una persona adquiere varios derechos independientes, todos ellos son fundantes de otros tantos de segundo grado. Por ejemplo: el hecho jurídico que condiciona la adquisición del derecho de propiedad, hace nacer, en favor del propietario, diversas facultades normativas; pero el legislador, basándose en la teoría de la "función social", puede, si lo desea, limitar la libertad jurídica del dueño, para lo cual le basta suprimir algunas de esas facultades o hacer obligatorio el ejercicio de otras. Cuando tal cosa sucede, el propietario sólo es jurídicamente libre en relación con el ejercicio o no ejercicio de las que no se agotan en la posibilidad normativa de cumplir su propio deber. La ley puede transformar un derecho de ejercicio libre en derecho de ejercicio obligatorio, mas no impedir que los de primer grado sean fundantes de la *facultas optandi.*

La violación del deber de respeto, correlativo de tal facultad, puede asumir dos formas distintas. Si la libertad jurídica se manifiesta como ejercicio del derecho de primer grado (esto es, como *facultas agendi)* el correspondiente deber consiste en no impedir el ejercicio de la facultad fundante; si se manifiesta en el no ejercicio (esto es, como *facultas omittendi)* el deber correlativo consiste en *no exigir* el ejercicio del derecho independiente.

120. ACEPCIONES POSITIVISTA Y NO POSITIVISTA DEL TERMINO LIBERTAD JURIDICA.—Nuestra definición del derecho de libertad no prejuzga sobre la vieja antítesis entre positivismo jurídico y teoría de los dos órdenes. Lo mismo tiene validez en el ámbito de una concepción positivista, que dentro del marco de la doctrina del derecho natural. Ello no es extraño, tratándose, como se trata, de un concepto puramente formal, basado en el examen de las conexiones esenciales entre deber jurídico y derecho subjetivo.

Quien sea partidario del monismo jurídico positivista, esto es, quien sostenga que no hay más derecho que el positivo y vigente, tendrá que admitir que todas las facultades concedidas por éste son fundantes de un derecho de libertad, si no se agotan en la posibilidad normativa de acatar los propios deberes. La esfera de la libertad jurídica de cada sujeto encuéntrase limitada, de acuerdo con la tesis positivista, por los derechos subjetivos independientes que a este sujeto confiere el ordenamiento en vigor. Expresado con otras palabras: al ámbito de la libertad jurídica de cada persona corresponden tantas *facultates optandi* cuantos sean los derechos de primer grado entre cuyo ejercicio o no ejercicio pueda optar, de acuerdo siempre con el ordenamiento de que se trate. Ello equivale a sostener que este ordenamiento es el que le otorga tales facultades, determinando así el sector de su actividad libre.

El monismo positivista implica la convicción de que la libertad, en sentido jurídico, no es un derecho innato de la persona, ni puede considerarse como un haz de facultades inmodificables, sino que constituye la resultante de los derechos independientes que la ley confiere a cada sujeto. Se trata, de acuerdo con la misma concepción, de una magnitud variable, que el legislador y, en general, los órganos creadores de derecho pueden modificar y restringir, si al hacerlo se ajustan a ciertas condiciones de forma. Incluso en aquellos casos en que la Constitución otorga a ciertas libertades el carácter de derechos subjetivos públicos, y los protege de manera especial, mediante una ley de garantías, esos derechos pueden ser limitados o suprimidos, si la limitación o supresión se consuman a través de una reforma a la ley suprema. La única diferencia entre tales facultades y las demás de primer grado de que cada individuo dispone, consiste en que para alterarlas o suprimirlas es indispensable seguir un procedimiento más complicado y difícil que el que debe adoptarse cuando simplemente se trata de introducir cambios en la legislación ordinaria. Pero como el derecho de libertad existe en función de las facultades independientes en que descansa, nuestra teoría resulta igualmente verdadera dentro de la órbita de las concepciones no positivistas.

Quien diga que al lado o por encima del orden jurídico en vigor, hay otro natural que vale *en sí* y *por sí*, con entera independencia de las prescripciones legales, podrá afirmar, al propio tiempo, que cada sujeto es jurídicamente libre para ejercitar o abstenerse de ejercitar los derechos independientes que el segundo de tales órdenes le concede. El sector de la libertad jurídica de cada persona se hace así depender de normas ultrapositivas, y no de las que tienen su fuente en la voluntad soberana del Estado.

La aceptación de tal dualismo lleva en línea recta a la de posibles conflictos entre las exigencias del derecho natural y los preceptos del positivo. Si afirmo que hay facultades innatas que el legislador debe reconocer y sancionar, y declaro que en ellas se funda mi esfera jurídica de libertad, cada vez que esas facultades sean atacadas por los preceptos vigentes, tendré que negar la validez de éstos, y el conflicto resultará inevitable, porque, desde el punto de vista del poder público, sólo son jurídicas las normas creadas o reconocidas por él.

Incidiendo en la postura positivista, cabría decir que nada importan las opiniones de los particulares acerca del derecho natural, ya que, para los órganos del Estado, no hay más normas que las sancionadas por estos mismos órganos. Al modo como el teórico del derecho natural niega validez a las prescripciones positivas que restringen o suprimen los derechos que juzga inalienables, el legislador repudia en absoluto cualquiera pretensión no fundada en el ordenamiento vigente. Y el segundo tiene en todo caso la ventaja de que sus normas pueden ser coactivamente impuestas.

La conquista de ciertos derechos fundamentales y, en general, el ensanchamiento de la esfera de la libertad jurídica, sólo pueden lograrse, desde el punto de vista de la teoría de los dos órdenes, si esos derechos son reconocidos por el positivo, lo que necesariamente implica, de no existir tal reconocimiento, la necesidad de reformar, de modo pacífico o por la vía revolucionaria, las prescripciones en vigor. Las luchas, muchas de ellas sangrientas, que a lo largo de la historia se han librado en nombre de los ideales libertarios, son el reflejo de una discrepancia entre la concepción filosófica de nuestros derechos y prerrogativas y las normas de cada ordenamiento concreto.

El ámbito de las facultades que estas normas conceden a las personas, jamás coincide, de manera cabal, con el de los derechos que, desde el punto de vista estimativo, debieran reconocérsele. Valiéndonos de una imagen podríamos hablar de dos círculos excéntricos, de diferentes dimensiones, cuya zona de coincidencia crece o decrece en el curso del tiempo. El ideal de los partidarios del derecho natural sería la coincidencia

total de los dos círculos, esto es, la eliminación de su excentricidad y sus diferencias de tamaño. Los defensores de la actitud positivista niegan tal dualismo, y no reconocen más derechos subjetivos que los que la ley, la jurisprudencia o la costumbre estatalmente admitida consagran.

Cada vez que los hombres o los pueblos obtienen el reconocimiento de un nuevo derecho, concomitantemente aumenta su libertad; cada vez que sus facultades legales son restringidas, su libertad disminuye. Hablando en lenguaje matemático podríamos declarar que esta última es, en todo caso, una función [5] de los derechos subjetivos independientes. Si el número de éstos varía, el ámbito de la libertad necesariamente se modifica. Y es que ser libre (en sentido jurídico), no es otra cosa que tener derechos no fundados en nuestros propios deberes.

[5] "La palabra *función* equivale, pues, a variable dependiente de otra variable. También se usa la palabra *función* para designar la ley de correspondencia." "Se dice que la variable u es función de las variables independientes x, y, z... t, o que depende de éstas, cuando a cada grupo de valores numéricos de x, y, ...t, corresponden uno o varios valores de u." J. Rey Pastor, *Curso de Cálculo Infinitesimal*. Segunda edición. Buenos Aires, 1929, pág. 7. Citado por J. M. de Semprún y Gurrea, en su obra *El sentido funcional del derecho de propiedad*. "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1933, pág. 157.

CAPITULO XVII

EL DERECHO DE ACCION

SUMARIO

121. EL REGIMEN DE LA AUTODEFENSA.—En las organizaciones sociales de épocas primitivas la reacción contra el entuerto es asunto puramente privado. Corresponde al particular la facultad de defender su derecho, repeler los ataques dirigidos contra éste, y conseguir por toda suerte de medios, cuando la violación se ha consumado, el restablecimiento de las cosas a su estado anterior. Trátase de la etapa conocida con el nombre de *régimen de autodefensa.* El poder público no interviene en esta época en la tutela y restablecimiento del derecho. El sujeto que se considera amenazado u ofendido suele reaccionar violentamente, a fin de desviar la amenaza o vengar la ofensa recibida. La fuerza es el único medio de que cada uno dispone para la salvaguardia de sus intereses. Además, la determinación del carácter jurídico o antijurídico de cualquier proceder, queda por completo al arbitrio de los particulares. El presunto agraviado conviértese de este modo en juez y parte. Y la solución de los conflictos se reduce a una cuestión de fuerza... Tal estado de cosas no podía subsistir. "En vez de que la fuerza física estuviese al servicio del derecho, este último se encontraba a merced de aquélla." [1] Por esta razón, el poder público principió a intervenir en las contiendas, a fin de limitar la venganza privada y buscar soluciones objetivas. "Introdujo primeramente algunas restricciones al desagravio individual, apareciendo entonces el *talión* como forma moderada de la venganza. Procuró después desempeñar el papel de *árbitro* o *conciliador,*

[1] ALBERTO DOS REIS, *Processo Ordinário e Sumário,* t. I, 2ª ed., Coimbra, 1928, pág. 96.

para substituir la lucha individual por una *composición* amigable. Y, por último, fue reservando paulatinamente para sí la solución directa del conflicto." [2]

De este modo se llegó al principio según el cual la defensa privada es sólo caso de excepción,[3] en tanto que la regla está constituída por la solución oficial de los litigios, a través de la función jurisdiccional.

122. LA FUNCION JURISDICCIONAL.—Cuando la solución de las controversias y, en general, la tutela del derecho, queda encomendada al poder público, aparece la función jurisdiccional. Resulta de la *substitución de la actividad de los particulares por la del Estado, en la aplicación del derecho objetivo a casos concretos.*[4] En vez de que cada presunto titular de facultades jurídicas decida acerca de la existencia de las mismas y pretenda hacerlas valer por medio de la fuerza, el Estado se substituye a él y, en ejercicio de su soberanía, aplica el derecho al caso incierto o controvertido. El pretensor no puede ya, de acuerdo con este orden de ideas, hacerse justicia por propia mano, sino que tiene que ocurrir a los órganos jurisdiccionales, a fin de que determinen si las facultades que el reclamante se atribuye existen realmente y, en caso necesario, ordenen su satisfacción, incluso por medios coactivos.

La tarea de los jueces debe definirse, según Dos Reis, como "adaptación de una regla general de derecho a un caso singular, adaptación que obliga a los particulares y puede hacerse efectiva por medio de la coacción".[5]

La actividad de que habla el procesalista portugués no es sino aplicación del derecho objetivo a casos especiales. Consiste en examinar si una determinada situación, sometida al conocimiento del tribunal, puede o no ser considerada como realizadora del supuesto jurídico de una norma. En caso afirmativo, la disposición que ésta formula *vale* para el caso, lo cual significa que las consecuencias jurídicas establecidas por el precepto *deben* enlazarse a las personas que el mismo indique. La definición de Dos Reis puede aceptarse, pero con un pequeño cambio. El citado autor habla de adaptación de *reglas generales* a casos particulares; pero este concepto es demasiado estrecho, pues los

---

[2] Dos REIS, *Processo Ordinário e Sumário*, I, pág. 96.

[3] Aludimos a la legítima defensa. El artículo 15 del Código Penal establece, en su fracción III, que son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: "... Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente..."

[4] H. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata*, pág. 222.

[5] Dos REIS, *Processo Ordinário e Sumário*, pág. 106.

jueces no sólo aplican normas generales o abstractas, sino individualizadas.[6] De acuerdo con lo anterior, la función jurisdiccional puede definirse como aplicación de normas jurídicas a casos concretos, aplicación que obliga a los particulares y puede hacerse efectiva aun contra su voluntad.

La diferencia entre las funciones jurisdiccional y administrativa consiste en que, al realizar la primera, procede el Estado por cuenta ajena, en tanto que, al ejercitar la segunda, lo hace por cuenta propia. La actividad administrativa tiene como fin la satisfacción directa de los intereses públicos garantizados por el derecho objetivo, mientras que la de los órganos jurisdiccionales tiende a suprimir los obstáculos que se oponen al cumplimiento de las normas jurídicas, y garantiza en forma indirecta los intereses privados.[7]

Como esta función se orienta hacia la protección de derechos subjetivos de los particulares, se ha sentado el principio de que el aparato jurisdiccional sólo puede moverse a instancia de las partes. El desempeño de la función de juzgar es para los órganos correspondientes un deber jurídico; pero este deber, como todos los que el derecho objetivo establece, es correlativo de una facultad concedida por el mismo derecho a los particulares y, en ocasiones, a otros órganos del Estado, como ocurre en el caso de la acción penal, tratándose de delitos que se persiguen de oficio. Para que la obligación de juzgar se actualice, es indispensable, de acuerdo con los principios de la técnica procesal moderna, que se demande la observancia de aquélla, por ejercicio del correspondiente derecho, al que se da, en la terminología jurídica, el nombre de *acción*. Defínese ésta como la *facultad de pedir a los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, ya sea con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el de declarar la existencia de una obligación y, en caso necesario, hacerla efectiva.* Antes de explicar la definición que antecede, queremos referirnos a las principales teorías elaboradas en torno al citado concepto, ya que, de este modo, reuniremos los elementos necesarios para precisar, con la claridad debida, la noción a cuyo estudio está consagrado este capítulo.

123. PRINCIPALES TEORIAS ACERCA DEL DERECHO DE ACCION.—El punto central del debate, en lo que concierne a la esencia del derecho de acción, consiste en determinar si éste es independiente del substancial (de-

---

[6] Ver sección 42.

[7] HUGO ROCCO, *Derecho Procesal Civil*, pág. 44 de la traducción española de FELIPE DE J. TENA.

recho a la prestación) o, por el contrario, se trata de un mismo derecho, considerado desde dos ángulos visuales distintos.

Las dos concepciones tradicionales de la acción son conocidas con los nombres de *teoría de la acción-derecho y de la acción medio.*[8] De acuerdo con la primera, que tiene su antecedente en las ideas de los jurisconsultos romanos, la acción es el derecho material en movimiento, es decir, en cuanto exigencia que se hace valer ante los tribunales, a fin de conseguir el cumplimiento de la obligación correlativa.

El concepto anterior, contenido en las *Institutas,* fue duramente criticado por los mismos comentaristas del derecho romano, quienes sostuvieron la tesis de que la acción es, en realidad, un *medio* destinado a obtener, a través de un procedimiento judicial, el reconocimiento y satisfacción de las facultades legales que nos pertenecen. Esta idea fue precisada con gran elegancia por el Vizconde de Seabra, quien dio a las acciones el nombre de *derechos sancionadores,* para distinguirlas de las facultades a cuya protección están destinadas, o derechos generadores.[9]

El problema esencial fue planteado por vez primera en Alemania, cuando los procesalistas de ese país se preguntaron si el derecho de acción depende del substancial o es, por el contrario, facultad dotada de vida propia. Nació así la *doctrina de la autonomía de la acción,* que puede ser vista como el fruto más valioso de las discusiones sostenidas en los últimos tiempos acerca del concepto a que hemos venido refiriéndonos.

124. TEORIA DE NICOLAS COVIELLO.—La tesis de la autonomía de la acción no es unánimemente aceptada por los juristas contemporáneos. Uno de sus principales adversarios es el civilista italiano Nicolás Coviello. A continuación haremos un resumen de las ideas que expone en su *Doctrina General del Derecho Civil.*

La acción puede definirse, según Coviello, como "facultad de invocar la autoridad del Estado para la defensa de un derecho". Pero es necesario distinguir la acción como *potencialidad* y como *actuación.* En su primer aspecto confúndese con el derecho subjetivo y casi pasa inadvertida; en el segundo, en cambio, se destaca con tanta claridad que parece tener vida propia. Y es que en el segundo estadio la defensa del derecho amenazado o violado es necesaria, cosa que no ocurre en un principio.

---

[8] Dos REIS, *Processo Ordinário e Sumário,* pág. 107 del tomo I.
[9] Citado por Dos REIS, *Processo Ordinário e Sumário,* I, pág. 108.

La acción no posee existencia independiente, sino que es simple *función* del derecho subjetivo. "Tal es, a no dudarlo, en el estadio potencial, en que ninguno podría ver en ella una entidad distinta del derecho; constituye un elemento del mismo, forma parte de su contenido, pero nada más. Tan cierto es esto, que algunos han hecho derivar el nacimiento de la acción de la violación del derecho. En el segundo estadio es claro también que la acción es la misma facultad abstracta que se determina y concreta; por tanto, ni siquiera entonces puede verse en ella un nuevo derecho." [10]

La acción no puede ser considerada como derecho accesorio, porque ello equivaldría a destruir el concepto mismo del derecho subjetivo. Expresado con otras palabras: si fuese derecho distinto del material o substancial, este último carecería de toda garantía.

Por otra parte, resulta erróneo afirmar que se trata de un derecho subjetivo público, porque, no teniendo existencia autónoma, participa de la naturaleza del derecho a que se halla vinculado o, lo que es lo mismo, del carácter privado de este último.

La acción puede también estudiarse desde un punto de vista puramente formal, y entonces equivale a la invocación efectiva de la autoridad del Estado, para la protección de determinado derecho. Si tomamos la palabra en este sentido, dice Coviello, la acción no puede ser vista ni como elemento del derecho ni como derecho autónomo, sino como mero *hecho*. "Así como el ejercicio del derecho puede de hecho efectuarse por quien no tiene el derecho que ejercita, ya abrigue la creencia de tenerlo, o bien la convicción contraria, así la acción en sentido procesal puede ejercitarse aun por el que no tiene el derecho que pretende hacer valer, y aun por el que está convencido de no tenerlo. En otros términos, puede existir la acción *de hecho*, sin que exista el *derecho* de obrar. No obstante esta distinción entre acción en sentido material y en sentido formal o procesal, 'no debe desconocerse el nexo íntimo que media entre las dos. Puesto que la facultad de obrar, como elemento del derecho subjetivo, es lo que constituye el fundamento de la acción en sentido procesal, ésta será admitida si el magistrado descubre la existencia del derecho, y rechazada en la hipótesis contraria'." [11]

Para el derecho civil la acción es, por consiguiente, un elemento del derecho, que sólo se destaca cuando éste es amenazado o violado; desde el punto de vista procesal, en cambio, es un mero hecho, a sa-

[10] NICOLÁS COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*, trad. FELIPE DE J. TENA, México, 1938, pág. 538.

[11] COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*, pág. 539 de la traducción castellana.

ber: el ejercicio de la facultad jurídica. Ahora bien: si el juez descubre que el derecho no existe, tiene la obligación de declarar que la acción es infundada.

125. TESIS DE HANS KELSEN.—El jefe de la Escuela Vienesa llega a conclusiones muy semejantes a las de Coviello. Estima que el derecho subjetivo no puede concebirse independientemente de la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales la aplicación del acto coactivo, en aquellos casos en que el obligado ha faltado al cumplimiento de su deber. Si la ley no hace depender de la declaración de voluntad de un particular la imposición de las sanciones que la propia ley señala, no hay, estrictamente hablando, derecho subjetivo. Es incuestionable que el derechohabiente tiene la facultad de reclamar del obligado el cumplimiento de su obligación, como tiene la de exigir que se le sancione en caso de inobservancia; pero no se trata de dos derechos diferentes, sino de un solo derecho en dos relaciones distintas. La primera facultad sólo puede ser considerada como elemento de un derecho subjetivo en cuanto la segunda existe. O, expresado con otras palabras: si no hay acción, tampoco hay derecho subjetivo. Colígese de lo expuesto que la facultad correlativa de las llamadas obligaciones naturales no es, de acuerdo con la tesis que examinamos, un verdadero derecho, ya que el pretensor no puede pedir, en caso de incumplimiento, que se sancione al obligado. Pero ya hemos visto cómo el derecho a la prestación puede existir desligado del de acción, y viceversa. Por otra parte, la doctrina de Kelsen no explica los casos en que no ha habido incumplimiento de un deber, y sólo se pide, por ejemplo, la declaración de que una persona *X* está exenta de una obligación *(acciones de mera declaración negativa)*. Tampoco explica el caso de la acción infundada ni, en el supuesto contrario, el del derecho de contradicción.[12]

Hacer depender la existencia del derecho subjetivo de la posibilidad de la acción, es falsear por completo la noción del mismo, y confundirlo con uno de los medios establecidos para asegurar, en la medida de lo posible, su cumplimiento.

Si las teorías de Coviello y Kelsen fuesen correctas, habría que lle-

---

[12] En su artículo *Azione*, del *Nuovo digesto italiano*, pág. 92 del t. II, adopta PEKELIS una posición muy semejante a la de KELSEN. "Entre acreedor y deudor surge una relación sólo en cuanto los hechos ocurridos (delito o contrato, poco importa) condicionan en favor de aquél el poder de hacer que se ejercite, bajo determinados requisitos, una actividad coactiva o sancionadora en contra de éste o, lo que es lo mismo, en cuanto se otorga al primero un derecho de acción. Si tal poder falta *ab origine* o deja de existir *tractu temporis* por cualquier motivo, las cualidades de acreedor y deudor no pueden considerarse subsistentes, al menos desde el punto de vista estatal. Podría decirse, recurriendo a una imagen, que la llamada relación

gar a la conclusión de que en la época en que el poder público no ejercía la función jurisdiccional, nadie tenía derechos subjetivos. Lejos de ser un elemento esencial, la acción es una forma histórica y, por tanto, contingente, de garantía, es decir, uno de los medios destinados a dar mayor eficacia a los preceptos jurídicos.

126. TEORIA DE LA AUTONOMIA DEL DERECHO DE ACCION.—De acuerdo con la teoría más generalmente aceptada por los procesalistas contemporáneos, el de acción es derecho distinto e independiente del substancial, o derecho a la prestación. Tal autonomía obedece a las siguientes razones:

a) En primer término, hay casos en que existe la acción y no encontramos un derecho material, o viceversa;

b) En segundo lugar, el de acción es correlativo de un deber del Estado, al que suele darse el nombre de obligación jurisdiccional;

c) Por último, y como consecuencia de lo que acabamos de decir, el de acción es público, en tanto que el otro tiene generalmente carácter privado.

Examinemos detenidamente cada una de estas afirmaciones.

En lo que toca a la primera, veremos cómo las facultades correlativas de las obligaciones naturales [13] no pueden hacerse efectivas por medio de una acción. Ello no obstante, son auténticos derechos subjetivos, porque el pretensor puede legalmente exigir el cumplimiento de los correspondientes deberes, no ante los tribunales, por supuesto, pero sí por otros medios, con tal de que sean lícitos. Además, si el deudor paga, el pago está bien hecho, y no cabe ejercitar *una acción en repetición de lo indebido*. Aplicando a este caso la terminología de Radbruch,[14] podríamos decir que la diferencia entre obligaciones naturales y obligaciones éticas estriba en que las segundas son deberes, pura y sim-

---

jurídica substancial, por ejemplo, la que directamente se da entre el acreedor y el deudor, no es en el mundo jurídico otra cosa que la sombra proyectada por las dos relaciones que aquél y éste tienen con el Estado, consistentes, la primera, en el derecho de acción del acreedor, es decir, en su derecho a la acción del Estado y, la segunda, en la sujeción efectiva en que el deudor resulta colocado respecto a ese derecho." Recientemente, el romanista GIOVANNI PUGLIESE ha sostenido que "la acción es un poder instrumental puesto al servicio del derecho subjetivo substancial" y que, en consecuencia, tal derecho es el necesario presupuesto de aquélla". Pero, oponiéndose a la tesis de KELSEN, niega que se trate de un solo derecho en dos relaciones distintas. *Actio e diritto subiettivo*. Milano, 1939. Dott. A. Giuffré, Editore, pág. 244.

13 En esta misma sección.

14 Ver sección 9.

plemente, en tanto que las primeras tienen el carácter de una deuda para con el titular del derecho correlativo. El acreedor tiene sólo el derecho a la prestación, mas no por ello carece de ciertos medios para conseguir que el deudor cumpla. No hay en el caso una sanción política, pero sí de otra índole, en ocasiones más eficaz que el recurso a los tribunales. Se dirá que esa sanción no es jurídica, sino convencional. Pero, aun admitiendo este extremo, habría que aceptar que tiende a lograr el cumplimiento de un deber jurídico, y sólo jurídicamente se justifica. Piénsese, verbigracia, en los medios de que el ganancioso dispone para conseguir el pago de una deuda de juego. Además, el que ha perdido no considera su obligación como un deber moral, ni ve en el pago una simple liberalidad para con el acreedor, sino la observancia de un deber jurídico. Sólo dentro del marco de una concepción positivista puede hacerse depender la existencia de un derecho de la posibilidad de emplear la coacción pública contra el deudor. Pues no hay que confundir las facultades jurídico-normativas con los medios destinados a obtener un mejor cumplimiento de los correspondientes deberes. Los hombres que poseen un sentimiento jurídico no ofuscado por prejuicios, cumplen las exigencias legales por respeto a las facultades de sus acreedores, no por evitar la ejecución forzosa. Y esta presión del sentimiento jurídico es, también, una forma de garantía. Desconocer tal hecho, o declarar que se trata solamente de una presión moral, es jugar con las palabras. Pues esa presión indiscutible no puede justificarse por razones éticas. Moralmente, en efecto, no es concebible la observancia forzada de un deber. Y cuando el moral es acatado de manera no espontánea, la acción pierde todo sentido ético.[15] De aquí que el pago no voluntario de una deuda de juego no represente nunca el cumplimiento de obligaciones morales. En cambio, no hay dificultad ninguna en considerarlo como observancia de una obligación jurídica. Éste y no otro es el verdadero sentido de la coercibilidad del derecho. El error radica en creer que ésta puede únicamente manifestarse a través del ejercicio de una acción. Si así fuera, repetimos, habría que admitir que dentro del régimen de la autodefensa nadie tuvo derechos subjetivos, ni siquiera el de defenderse.

Las razones que algunos juristas invocan para sostener que las obligaciones naturales no son jurídicas, nos parecen deleznables. El profesor Guillermo Moreira arguye que en este caso no hay vínculo jurídico entre acreedor y deudor, porque el primero no puede constreñir al segundo a que cumpla; y si la ley prohíbe la acción en repetición

[15] Ver sección II.

de lo indebido, es porque considera conveniente no destruir un hecho consumado. Las obligaciones naturales serían, según el mencionado autor, relaciones de hecho de las que derivan ciertas consecuencias de derecho, que en parte coinciden con las que implican las obligaciones civiles.[16]

Si las naturales son relaciones de hecho de las que nacen consecuencias normativas, replica Dos Reis, no se entiende por qué se les niega el carácter de obligaciones jurídicas. Pues aun cuando indudablemente difieren de las civiles, también se distinguen de las puramente morales o de conciencia. Y si producen bilateralmente sus efectos, lógico es incluirlas entre las jurídicas, si bien como obligaciones *imperfectas*.[17]

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la ley sólo respeta los hechos consumados cuando ocurren en concordancia con el derecho. Y si se insiste en sostener que la coacción es esencial a éste, entonces hay que distinguir la coacción psicológica de la puramente física. "La coacción psicológica está representada por todos los motivos que pueden inducir a la voluntad a conformarse con una norma y a observarla, desde los elevados sentimientos de solidaridad humana y las razones de concordancia con el precepto por su utilidad y justicia, hasta el temor de las sanciones que serán aplicadas en caso de inobservancia. La coaceión física consiste en el uso de la fuerza material para asegurar la ejecución del precepto o para hacer sufrir al transgresor las consecuencias de su acto ilícito." [18]

Hemos demostrado cómo el derecho a la prestación puede existir desligado del de acción. Examinemos ahora el caso en que ocurre lo contrario.

Tratándose de las llamadas *acciones de simple apreciación*, o *declarativas*, no encontramos el derecho a una prestación determinada, pero sí, indudablemente, la otra facultad jurídica. El actor no pretende en estos casos tener un derecho substancial correlativo de una obligación del demandado, sino que recurre a los órganos jurisdiccionales para que pongan fin a una situación de incertidumbre, declarando si existe un determinado derecho; si el promovente tiene o no cierta obligación, o si en un título o hecho concurren tales o cuales requisitos de legalidad.

"La apreciación que se pide al juez puede ser *positiva*, que se declare, por ejemplo, que un título es auténtico —o *negativa*—, que se establezca, verbigracia, que el actor no está obligado a pagar determi-

---

[16] *Instituções do direito civil portugués*, vol. 2º, 2ª ed., págs. 22 y 23. Citado por Dos Reis, *Processo Ordinário e Sumário*, pág. 116.
[17] Ver sección 45.
[18] Dos Reis, *Processo Ordinário e Sumário*, pág. 119.

nada cantidad o que no es padre de un individuo que pretende ser su hijo."[19]

En todas estas hipótesis, el actor no afirma tener un derecho contra alguien, sino que sólo pide una declaración judicial, positiva o negativa. Hay, en consecuencia, acción, mas no derecho material.

La demostración más clara de la autonomía de ese derecho, la encontramos en el caso de las acciones infundadas. Supongamos que una persona presta a otra cien pesos, y que el deudor paga, no obstante lo cual presenta el mutuante una demanda, pidiendo se condene al mutuario a la devolución del dinero. En tal hipótesis estaríamos en presencia de una *acción infundada.* Demostrado por el deudor que ha cumplido con el contrato, tiene el juez que emitir un fallo absolutorio. El demandante ejercita indudablemente en este caso el derecho de acción, ya que pone en movimiento a los órganos jurisdiccionales y logra de ellos la realización de la tarea que les es propia; mas no tiene, al demandar, derecho a prestación ninguna. Aquí se advierte con toda claridad la índole de la acción. Lo que en realidad se pide es el desempeño de la función jurisdiccional; y el deber correlativo queda cumplido cuando se resuelve que la acción es infundada o, lo que es lo mismo, que no existe el derecho substancial invocado por el actor. Sostener que en tal supuesto el ejercicio de la acción no corresponde a ningún derecho, no es correcto, porque la presentación de la demanda actualiza el deber jurisdiccional. Esta obligación es incuestionablemente jurídica y, por ende, término de una relación que en su aspecto activo se traduce en una facultad normativa: el derecho de acción.

Descubrimos de esta suerte una tercera diferencia entre los dos tipos de derechos. El de acción es, en todo caso, correlativo del deber jurisdiccional y tiene, por tanto, índole pública. El otro, en cambio, puede ser privado. En el caso del ejemplo del préstamo, el derecho del mutuante frente al mutuario es de carácter privado, mientras que el que ejercita al demandar es un derecho subjetivo público. El sujeto pasivo de la primera relación es un particular; el de la segunda es el Estado.[20]

127. LA ACCION COMO DERECHO ABSTRACTO.—Entre las doctrinas que defienden la idea de la autonomía de la acción, la más importante es,

[19] Dos REIS, *Processo Ordinário e Sumário*, I, pág. 112.

[20] La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aceptado expresamente la doctrina de la autonomía del derecho de acción en una ejecutoria de 28 de mayo de 1930 (Manuel Rivero Alamilla vs. Sucesión de Victoriano Arceo Gamboa). Esta ejecutoria aparece publicada en el Nº 3 de la *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, fundada por ALBERTO VÁZQUEZ DEL MERCADO. (Año I, págs. 459 y sigs.)

sin duda alguna, la sustentada en Alemania por Degenkolb, en Italia por Alfredo y Hugo Rocco, en Hungría por Plosz, en Portugal por Dos Reis y en México por Vázquez del Mercado. A esta tesis se la conoce con el nombre de teoría de la acción como derecho abstracto. Basaremos nuestra exposición en los libros de Hugo Rocco titulados *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggetivi* y *Derecho Procesal Civil* (traducción de Felipe de J. Tena. México, 1939).

"El derecho de cada ciudadano, como tal, de pretender del Estado el ejercicio de su actividad para la satisfacción de los intereses amparados por el derecho —dice Hugo Rocco—, se llama derecho de acción." [21]

Este derecho tiene las siguientes características:

a) Es *un derecho subjetivo público*, porque es correlativo de una obligación impuesta a ciertos órganos del Estado. Tales órganos denomínanse *jurisdiccionales*, y su actividad consiste en aplicar normas generales a casos concretos, para la satisfacción y tutela de los intereses que éstas protegen.

b) Es *relativo*, porque corresponde a una obligación especial de una persona individualmente determinada (es decir, el Estado, representado por sus órganos).[22]

c) Es *abstracto*, pues puede ser ejercitado por cualquier persona, aun cuando no tenga un derecho material que hacer valer. No se trata de un derecho frente al adversario, sino de una facultad correlativa de una obligación estatal.

Es posible, en consecuencia, el ejercicio del derecho de acción por quien afirme, indebidamente, ser titular de un derecho substancial. Pues la acción no es *derecho a obtener una sentencia favorable*, como afirma Wach,[23] sino simplemente *derecho a sentencia* o, para expresarlo con mayor exactitud, *derecho a pedir la prestación de la función jurisdiccional*. "Esto ocurre cabalmente en el proceso de declaración. Aquí el interés que constituye el contenido del derecho de acción consiste en obtener del Estado la declaración de lo que es derecho en el caso concreto, y no la declaración del derecho de un modo más bien que de otro. En la cadena de los fines perseguidos por el actor, el de obtener una senteneia favorable es el fin remoto que el derecho no toma en consideración en modo alguno; pero el fin próximo, o sea el interés que úni-

[21] HUGO ROCCO, *Derecho Procesal Civil*, trad. de F. DE J. TENA, México, 1939, pág. 152.
[22] Ver sección 106.
[23] Citado por DOS REIS, *Processo Ordinário e Sumário*, pág. 126, nota 1.

camente el derecho protege, es el de obtener una sentencia, es decir, la declaración sobre una relación incierta. Sólo de este modo se explica que el derecho de acción pueda corresponder también al que no tiene el derecho material, y sólo así puede darse al proceso una base autónoma, independiente del derecho privado. La íntima razón de esa autonomía reside precisamente en la naturaleza secundaria y abstracta del interés que forma el contenido substancial del derecho de acción." [24]

La circunstancia de que el derecho material eventualmente invocado por el actor exista o no en un caso especial, es indiferente, porque basta la simple protección, ***in abstracto***, de ese derecho, para que la acción pueda ejercitarse.

Si *A* presenta una demanda exigiendo de *X* el pago de una cantidad que éste recibió en préstamo y devolvió oportunamente, no existe un derecho concreto de *A* al pago de la suma ya entregada, pero sí un derecho de acción correlativo del deber que el Estado tiene de resolver si efectivamente debe reconocerse el derecho material que el demandante se atribuye. Y la acción existe porque la ley protege, *in abstracto*, al mutuante, como titular de un derecho de crédito contra el mutuario (no a *A*, ni a *B*, ni a *C*, sino a cualquier persona que celebre con otra un contrato de mutuo).

El interés del acreedor en conseguir del deudor el pago de una cantidad determinada es, según la tesis de Rocco, *de primer grado;* el de obtener la prestación de la función jurisdiccional, a fin de que se establezca si el otro interés existe, es, en cambio, *de segundo grado.*

"Al ejercer su actividad jurisdiccional, el Estado no satisface directa e inmediatamente los intereses principales protegidos por el derecho objetivo; sólo aparta los obstáculos que estorban o impiden la satisfacción de tales intereses. De modo que el interés contenido en el derecho de acción es un medio para la realización de los derechos substanciales que a través del proceso se pretende hacer efectivos." [25]

El interés implícito en el derecho de acción es, además, *inmutable* y *único*, porque tiende siempre al mismo objeto: la prestación de la función jurisdiccional. Los de primer grado son, por el contrario, variables y múltiples.

Es, por último, *ideal* o *inmaterial*, ya que no posee, por sí mismo, contenido pecuniario, sino que corresponde a cada ciudadano, y se dirige a obtener una prestación de derecho público, desprovista de carácter económico.

---

[24] Hugo Rocco, *Derecho Procesal Civil*, trad. Felipe de J. Tena, México, 1939, pág. 161
[25] Dos Reis, *Processo Ordinário e Sumário*, pág. 140 del t. I.

Aplicando la tesis de Jhering sobre el derecho subjetivo [26] al caso específico de la acción, afirma Rocco que en esta última hay, como en toda facultad jurídica, dos elementos diversos: uno substancial y otro formal. El substancial es precisamente el interés cuyas características acabamos de explicar; [27] el formal consiste en el poder atribuido a la voluntad individual de reclamar la intervención del Estado para el reconocimiento y realización coactiva de los intereses primarios que el derecho objetivo protege.[28]

En contra de la teoría de Alfredo y Hugo Rocco se ha objetado que estos autores consideran como derecho autónomo lo que no es sino una de tantas manifestaciones del de libertad. La facultad de ejercitar el de acción no diferiría, substancialmente, de la de ejecutar cualquiera de los actos cuya realización u omisión constituyen el contenido de la libertad jurídica, como, por ejemplo, leer un libro, salir a la calle, asistir a un concierto, etc.[29] De acuerdo con tal doctrina, el derecho de que venimos tratando no existe antes de la presentación de la demanda sino como simple *posibilidad,* y únicamente se transforma en verdadero derecho cuando se presentan determinadas circunstancias de índole substancial *(condiciones de la acción)* y procesal *(presupuestos procesales).*

A lo anterior responden los mencionados maestros diciendo que el derecho de acción no debe equipararse al de libertad, porque este último es correlativo de una obligación puramente *negativa,* en tanto que

---

[26] Ver sección 100.

[27] Rocco llama interés al juicio formado por el sujeto de una necesidad acerca de la utilidad o valor de un *bien* como medio para la satisfacción de dicha necesidad. "El interés es, por tanto, un acto de la inteligencia, constituido por la representación de un objeto (bien), la de una necesidad, y la de la eficacia del objeto como satisfactor de ésta." "El bien es interés en cuanto como tal es percibido por la inteligencia; objeto o fin en cuanto la voluntad tiende a él." "Los bienes pueden satisfacer las necesidades humanas directa o indirectamente. Los primeros denomínanse *inmediatos, directos o de primer grado;* los otros, *mediatos, indirectos o de segundo grado* (bienes medios). Paralelamente puede hablarse de intereses de primero y segundo grados, según la índole de los bienes a que se hallen dirigidos. Los derechos subjetivos pueden tener como elemento substancial tanto un interés de primer grado como de segundo grado. Así como los intereses son autónomos, también lo son los derechos a ellos vinculados." H. Rocco, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggetivi.* Athenaeum, Roma, 1917, págs. 193-197.

[28] En la ejecutoria mencionada en la sección 131, la Tercera Sala de la Corte acepta expresamente la teoría de la acción como derecho abstracto. Después de transcribir un largo párrafo de *La sentencia civil* de A. Rocco y otro de su obra *Il fallimento,* cita a CARNELUTTI y a HUGO ROCCO, y llega a la conclusión de que la acción no debe considerarse como *elemento,* como un *momento* o *accesorio* del derecho material, sino más bien como *derecho autónomo* de naturaleza procesal y, en consecuencia, como un *derecho público* que tiene por contenido la facultad que corresponde a todo ciudadano de obtener la intervención del Estado para hacer efectivas las relaciones jurídicas concretas.

[29] Ver el cap. XVI.

al primero corresponde una obligación de naturaleza *positiva,* a saber: la jurisdiccional de los tribunales y los jueces. Por otra parte, la negativa correspondiente al derecho de libertad es, como antes vimos,[30] una obligación genérica, es decir, un deber impuesto por el derecho objetivo a todo el mundo. La correlativa del derecho de acción, por el contrario, es obligación específica, que sólo incumbe al Estado, representado por los órganos que tienen a su cargo el desempeño de la función jurisdiccional. A lo dicho cabría añadir, aplicando la teoría que expusimos en el capítulo XVI de esta obra, que, mientras el derecho de acción es de *primer grado,* el de libertad es de *segundo,* ya que se relaciona siempre con otro derecho, y consiste en la facultad de optar entre el ejercicio o no ejercicio de éste. De aquí que la libertad jurídica pueda hallarse referida al derecho de acción, y estribe, en este caso concreto, en la posibilidad de escoger entre ejercitar o no ejercitar tal derecho. Pues no es lo mismo tener la facultad de presentar una demanda ante los tribunales, que estar autorizado para optar entre hacerlo y no hacerlo.

Tratando de precisar su pensamiento, afirma Hugo Rocco que otra de las diferencias entre ambos derechos consiste en que el de acción es una *facultas exigendi,* en tanto que el de libertad es sólo una *facultas agendi.* Pero ya hemos visto cómo todo derecho implica, al propio tiempo, *facultates agendi* y *facultates exigendi.*[31]

Sostener, como lo hacen algunos procesalistas —entre ellos Dos Reis—[32] que antes de la presentación de la demanda no hay derecho de acción, sino simplemente el *poder legal* de constituir la relación jurídica procesal, equivale a confundir ese derecho con el hecho real de su ejercicio.

El único punto en que no estamos de acuerdo con la tesis de Alfredo y Hugo Rocco, es el de la inclusión del concepto de interés en la definición del derecho de que hemos venido tratando. Tal inclusión se debe a que los Rocco aceptan, sin restricciones, la doctrina de Rodolfo Jhering sobre el derecho subjetivo. Las críticas que han sido dirigidas contra esta última deben, pues, hacerse a la de aquellos autores.[33]

128. TEORIA DEL DERECHO CONCRETO A TUTELA JURIDICA.[34]—Los partidarios de esta doctrina no creen que la acción deba ser considerada

---

30 Ver sección 119.
31 Ver sección 106.
32 *Processo Ordinário e Sumário,* I, pág. 147.
33 Ver sección 102.
34 Los principales adeptos de la teoría de la acción como derecho concreto a tutela jurídica son, en Alemania: WACH, STEIN, HOLDER, GIERKE, HELLWIG, y en Italia: FADDA, SIMONCELLI y MENESTRINA. Citados por DOS REIS, *Processo Ordinário e Sumário,* t. I, pág. 126, nota 1.

como un derecho abstracto, que corresponda a cualquier sujeto por el simple hecho de tener personalidad jurídica. Para que quepa hablar del derecho de acción es necesaria la concurrencia de un conjunto de requisitos, tanto de orden substancial como de orden procesal. Éstos reciben, respectivamente, las denominaciones de *condiciones de la acción y presupuestos procesales.*[35] La acción sólo puede pertenecer a quien tiene una facultad de índole material, y es siempre *derecho concreto a la tutela jurídica del Estado.* Trátase de un derecho subjetivo público, frente al cual encontramos la obligación de los órganos jurisdiccionales de prestar esa tutela mediante una *sentencia favorable.*

"A esta doctrina que concibe la acción como derecho a sentencia favorable, puede equipararse el concepto de Bulow que ve en la acción un *derecho a sentencia justa.* El derecho del ciudadano para con el Estado es el de obtener justicia; y a ese derecho corresponde la obligación estatal de administrarla, mediante sentencia que represente la aplicación *verdadera* y justa del derecho objetivo."[36]

Los partidarios de la doctrina de la acción como derecho abstracto formulan contra las ideas de Bulow y Wach las siguientes objeciones:

a) La tesis de la acción como derecho concreto a tutela jurídica no explica, ni puede explicar, el caso en que la acción carece de fundamento, porque, en tal hipótesis, la sentencia debe ser absolutoria.

b) Además, hace depender indebidamente el derecho de acción de la existencia de la facultad jurídica material cuya tutela se busca. No puede escapar, por otra parte, a este dilema: o la acción se confunde con el derecho substancial que se pretende hacer valer, o es el derecho abstracto de pedir la prestación jurisdiccional del Estado. El derecho a una sentencia favorable sólo puede nacer al concluir la causa, o sea, cuando se han aportado los elementos que permiten al juez formarse una

---

[35] "Para que pueda constituirse la obligación del juez de proveer a las demandas, se requieren (además de la existencia de una demanda correcta y regularmente notificada, que es el acto constitutivo) algunas condiciones que se llaman *presupuestos procesales.* No sólo deben existir los tres sujetos, un órgano, investido de jurisdicción ordinaria (según las normas reguladoras de la *jurisdicción* y de la *organización judicial),* y dos partes reconocidas por el derecho como *sujetos de derecho* (capacidad para ser parte), sino que deben tener ciertos requisitos de capacidad *(competencia* de los órganos jurisdiccionales, *capacidad procesal* de las partes y, en algunos casos, el poder de pedir en *nombre propio* la actuación de una voluntad de ley que garantice un bien a otros, lo que se llama *sustitución procesal).* J. CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil,* trad. CASÁIS y SANTALÓ, Madrid, 1922, t. I, pág. 111.

[36] Dos REIS, *Processo Ordinário e Sumário,* pág. 126, t. I.

convicción favorable al demandante. Pero si lo anterior se acepta, resulta indispensable determinar la índole del derecho ejercitado durante el curso del proceso, es decir, antes de que el juez haya podido formarse una convicción sobre las pretensiones de los litigantes.

Los secuaces de la doctrina que examinamos se defienden diciendo que cuando las pretensiones del demandante son infundadas no hay en realidad derecho de acción, sino un simple hecho abusivo que el juez debe repeler. Pero olvidan que la prestación de la función jurisdiccional es un deber para los jueces y tribunales —no sólo en la hipótesis de que el actor tenga, además del de acción, el derecho a una prestación determinada— sino también en el caso contrario.

129. TEORIA DE LA ACCION COMO DERECHO POTESTATIVO (Weismann, Chiovenda).—El derecho subjetivo es, según Chiovenda, "la expectativa de un bien de la vida, garantizada por la voluntad del Estado".[37] El procesalista italiano da el nombre de bien al "goce de una cosa exterior". La ley puede garantizar el goce absoluto (propiedad), o simplemente el relativo o limitado (desmembramiento de la propiedad: uso, habitación, usufructo, etc.). Otras veces, el bien jurídico consiste en la posibilidad de realizar cierta actividad respecto de una cosa ajena para el mejor goce de la propia; o en la actividad de otro, en cuanto se dirige a procurarnos una utilidad determinada (obligaciones de hacer y de dar) o, por último, en una abstención de los demás, si dicha abstención nos permite el mejor goce de un bien que nos pertenece (por ejemplo, obligación de no abrir un comercio como el nuestro en la misma calle).

A los derechos absolutos de carácter privado suele dárseles el nombre de reales; a los relativos se les conoce con la denominación de personales.[38] Pero, al lado de éstos, que en todo caso son correlativos

[37] "El derecho subjetivo pone al que lo posee en una especial condición de preeminencia frente a los demás, por lo que se refiere al bien de que es objeto ese derecho: porque este bien corresponde sólo a él, con exclusión de todos los otros. En sentido propio el derecho subjetivo supone, pues, un bien de la vida que idealmente puede corresponder también a persona distinta de aquella investida de tal derecho. Pero también se habla de derecho subjetivo en un sentido más lato, porque las normas que se dirigen a la conservación del individuo (prohibición de matar, de ofender mi honor, de llevar mi nombre, de dañar mis bienes, de menoscabar mi libertad y otros semejantes) pueden *subjetivarse*, en cuanto que cualquiera puede decir: tengo derecho a que otro no me mate, no me ofenda, no me cause daño, no quebrante mi libertad, etc. Así hablamos de derecho a la vida, al honor, a la libertad, y otros semejantes, aunque mi vida, mi honor, mi libertad, no puedan pertenecer a otros." JOSÉ CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. de JOSÉ CASÁIS Y SANTALÓ, Madrid, 1922, página 44 del tomo I.

[38] Ver capítulo XV.

de ciertos deberes (generales o especiales) de determinadas personas, existe —dice Chiovenda— la categoría de los *potestativos*, cuya característica esencial estriba en que, frente a ellos, no encontramos un deber correspondiente de otra persona. Tales derechos constituyen un mero *poder jurídico,* es decir, se resuelven en la facultad de producir un efecto de derecho, sin que la persona que sufre éste se halle obligada para con el titular. Como ejemplos cita el profesor italiano el derecho de rescindir un contrato por incumplimiento de una de las partes, o el de pedir la separación o el divorcio. El ejercicio del derecho potestativo puede tener como consecuencia la extinción de una situación jurídica preexistente o el nacimiento de un nuevo efecto de derecho. "Así la ley concede al cónyuge, por ciertos motivos, la facultad de pedir la separación personal o la separación de bienes, y al contratante la de impugnar el contrato, o rescindirlo, y al mandante y al donante, las de revocar el mandato o la donación, al vendedor la de volver a su finca o pedir la rescisión por lesión, y al comunero, al socio, la de obtener la división de la cosa o la cesación de la comunidad de pastos o la disolución de la sociedad, al propietario la de pedir el deslinde y amojonamiento, la concesión de servidumbre de acueducto o de paso sobre el fundo ajeno o, por el contrario, la supresión de las servidumbres sobre su propia finca; al que ejerce una industria eléctrica, la de pedir la servidumbre de conducción de energía; al concesionario de una red telefónica, la de pedir la servidumbre de tendido de cables, y al que debe realizar una obra de utilidad pública, la de expropiar los fundos necesarios, etc. Estas facultades son diferentes entre sí, ya sea por las condiciones a que se hallan subordinadas, ya porque algunas se ejercen mediante una simple declaración de voluntad, y otras con la necesaria intervención del juez (sentencia constitutiva). Pero todas tienen de común la tendencia a producir un efecto jurídico en favor de un sujeto y a cargo de otro, el cual no *debe* hacer nada, ni siquiera para librarse de aquel efecto, permaneciendo *sujeto* a su actuación. La ***sujeción*** es un estado jurídico que no exige el concurso de la voluntad del sujeto ni ninguna acción suya." [39]

El derecho de acción es, según Chiovenda, del mismo tipo que los anteriormente enumerados, ya que se resuelve en el *poder jurídico* de *dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley,* sin que el ejercicio de ese poder engendre obligación alguna a cargo del demandado. Lo anterior significa que el ejercicio del derecho de acción es, en muchos casos, condición indispensable para que el cumpli-

[39] *Principios de Derecho Procesal Civil,* trad. de CASÁIS y SANTALÓ, pág. 54.

miento coactivo de determinadas obligaciones pueda lograrse. O, expresado en otro giro: la actividad de los órganos sancionadores no siempre es desplegada de oficio. Por regla general, requiérese que los particulares, ejercitando su derecho de acción, la provoquen. En tal hipótesis, ese derecho constituye un poder jurídico condicionante de la función jurisdiccional, y produce una serie de efectos que pesan sobre el demandado, pero sin engendrar a cargo del mismo ningún deber.

El derecho de que hablamos es autónomo, ya que puede existir desligado del derecho a la prestación. Lo anterior no significa, por supuesto, que no haya relaciones muy estrechas entre las mencionadas facultades, "pues ambas se dirigen, como hemos dicho, a la misma voluntad concreta de ley que garantiza un bien determinado, y tienden a la consecución de este mismo bien, aunque por caminos y medios diferentes. De aquí que, satisfecha una obligación mediante la prestación del obligado, se extingue la acción,[40] y satisfecha la acción en la ejecución forzosa, se extingue la obligación".[41]

Chiovenda expresa gráficamente, por medio del siguiente esquema, las citadas relaciones:

Voluntad concreta de ley (derecho objetivo)
que garantiza la consecución de un bien

mediante la prestación de un obligado.	y en su defecto con los demás medios posibles en el proceso del tiempo y lugar.
derecho subjetivo a la prestación.	derecho subjetivo de acción.

¿Qué valor debe atribuirse a la tesis de Chiovenda? Creemos que la afirmación capital de la misma, a saber, que la acción es un derecho potestativo, resulta inaceptable, porque, en primer término, es falso que

[40] Creemos que esta afirmación del procesalista italiano contradice la teoría de la autonomía, porque hace depender la existencia de la acción de la del derecho subjetivo material. De hecho puede ocurrir que, cumplida la obligación, el acreedor demande no obstante a su deudor. En tal caso la acción carece de fundamento, mas no puede negarse que ha sido ejercitada.

[41] CHIOVENDA, *Derecho Procesal*, trad. CASÁIS Y SANTALÓ, pág. 63.

a la facultad jurídica del actor no corresponda un deber jurídico y, en segundo lugar, porque todo derecho auténtico es correlativo de determinados deberes, generales o especiales, de otras personas. Si la tesis que comentamos fuese correcta, habría que renunciar a la doctrina de la bilateralidad, que expusimos en el capítulo II de esta obra. "Los llamados derechos potestativos —escribe Hugo Rocco—, son en último análisis, o facultades comprendidas en ciertos derechos de cuyo contenido forman parte o, cuando son autónomos, debe corresponder a los mismos, *cuando menos,* la obligación de no hacer o de soportar, que es de naturaleza jurídica, en cuanto el derecho la establece. De aquí que sea inadmisible la concepción del aspecto pasivo de los derechos potestativos como pura *sujeción material.* Más bien hay que considerarla como sujeción jurídica que implica una obligación negativa —la de no hacer o soportar—." [42] A las precedentes consideraciones cabe añadir ésta, que nos parece decisiva: si frente al llamado derecho potestativo sólo hubiese una sujeción material y no jurídica, habría que considerar lícito cualquier acto tendiente a eludir tal sujeción. Además, no podría exigirse el respeto de un "derecho" que, por definición, no es correlativo de obligación alguna. Pues si ningún deber existe frente a él, no es obligatorio respetarlo. Y si, por el contrario, se afirma que merece respeto, la primitiva afirmación queda destruída. De aquí que la tesis de Chiovenda implique la negación del concepto mismo del derecho, en el sentido de facultad normativa.

Refiriéndose a la noción que discutimos, escribe Carnelutti que "hay pocas concepciones más erróneas que ésta. Pues tan ilógico es hablar de un derecho sin obligación correlativa, como absurdo pensar en una moneda que sólo tuviese una cara".[43] Todo derecho subjetivo es término de una relación jurídica y, por tanto, no se concibe desligado del deber correspondiente.

En lo que atañe al derecho de acción, podemos, desde luego, declarar que la obligación correlativa no corresponde al demandado, en lo cual tiene razón Chiovenda; mas de aquí no se sigue que ningún deber exista frente a dicha facultad. "El ilustre procesalista italiano se halla bajo la influencia de la tradición latina que ve en la acción no un poder dirigido contra el Estado, sino un poder que se dirige contra el demandado; de aquí la afirmación de que es un derecho contra el adversario, al que no corresponde ninguna obligación." [44]

---

[42] ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata,* pág. 322.

[43] FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile,* Padova. 1936, I pág. 54.

[44] DOS REIS, *Processo Ordinário e Sumário,* I, pág. 131.

El lenguaje cotidiano fomenta la confusión a que aludimos. Solemos, en efecto, hablar de que hemos demandado a *X* o a *J*, como si nuestro derecho de acción fuese correlativo de una obligación de *J* o de *X*; y tal uso lingüístico se explica en cuanto el fin remoto de nuestra actividad no es obtener la prestación de la función jurisdiccional, sino conseguir, a través del ejercicio de la misma, las prestaciones que *X* o *J* deben realizar en favor nuestro. Pero tales deberes se hallan insertos en una diversa relación jurídica, a saber, la que en su aspecto activo se traduce en el derecho a la prestación y en su aspecto pasivo en la obligación correspondiente.

A la tesis según la cual el derecho de acción es correlativo de un deber del Estado, se opone Chiovenda alegando que, si efectivamente la acción fuese una facultad jurídica del actor contra el poder público, ello supondría un conflicto o pugna de intereses entre ambos, cosa inaceptable, ya que, en vez de oposición, hay perfecta coincidencia, pues tanto el particular como el Estado persiguen un fin idéntico: la realización del derecho objetivo y la satisfacción de los intereses que el mismo protege.

A lo anterior responde Dos Reis que, si bien es cierto que la finalidad perseguida por el Estado a través del ejercicio de la función jurisdiccional es la realización del derecho objetivo, también es verdad que tal ejercicio se halla condicionado por el del derecho de acción, y que los órganos jurisdiccionales tienen frente a las partes el deber de realizar la tarea que les es propia. "Entendido así, el concepto es exacto, porque en realidad el actor consigue, por el ejercicio de su derecho de acción, constreñir a los órganos jurisdiccionales a la prestación de su actividad específica." [45]

Chiovenda pretende destruir este argumento sosteniendo que el deber jurisdiccional de los mencionados órganos no existe frente a los particulares, sino frente al poder público. Sólo que —añade— el ejercicio de la acción condiciona el nacimiento de ese deber o, expresado en otra forma, la constitución de la relación procesal está subordinada a la práctica de un acto del demandante: la presentación de la demanda. De todo lo cual concluye que el actor sólo tiene derecho a los efectos jurídicos de la acción, y que tales efectos se producen relativamente al adversario, lo que viene a corroborar la tesis de que el derecho de que hablamos no es un derecho contra el Estado. Pero Chiovenda no distingue, apunta Rocco, dos tipos completamente diversos de relaciones, a saber:

[45] Dos Reis, obra citada, pág. 133.

a) La que media entre los órganos jurisdiccionales y el Estado, en virtud de la cual aquéllos se hallan obligados frente a éste a cumplir los deberes orgánicos que les incumben;

b) La que existe entre el Estado y las partes, en virtud de la cual el primero está obligado a la prestación de la función jurisdiccional, correlativamente al derecho de los segundos de solicitarla.

El primer vínculo tiene como sujeto activo al Estado y como sujetos pasivos a los encargados de la función jurisdiccional; el segundo se establece entre el Estado, como sujeto pasivo, y las partes, como sujetos activos. La relación entre el poder público y los órganos jurisdiccionales es, dice Rocco, una *relación de servicio*, regulada por las leyes de organización judicial; la que liga a las partes con el Estado es, en cambio, la *relación procesal* propiamente dicha. A su estudio consagraremos la última sección de este capítulo.

130. LA RELACION JURIDICA PROCESAL.—Hemos dicho que la acción es la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales del Estado la aplicación del derecho objetivo a casos concretos, ya sea con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el de que se declare la existencia de una determinada obligación y, en caso necesario, se haga efectiva, aun en contra de la voluntad del obligado. Como toda facultad jurídica, el derecho de que hablamos supone la existencia de la obligación correlativa. Esta obligación constituye el contenido de la función jurisdiccional. Hay, consecuentemente, una relación jurídica procesal, que en su aspecto activo está representada por las facultades legales de las partes frente a los órganos encargados de la jurisdicción y, en su aspecto pasivo, por el deber jurisdiccional de tales órganos.

Una de las características esenciales de la relación procesal es su complejidad. Se dice que es compleja porque no se agota en un solo vínculo normativo, sino que se desenvuelve en una serie de relaciones de derecho, constitutivas del proceso.

Examinemos, en primer término, cuáles son los elementos principales de éste, en su fase *declarativa*. Tales elementos redúcense a tres, conviene a saber:

a) La demanda;
b) La defensa;
c) La sentencia.

La primera es un acto del demandante o actor; la segunda corresponde al demandado, y la tercera debe ser dictada por el juez.

Tanto la demanda como la contestación o defensa tienden a un mismo fin: la emisión de la sentencia o, lo que es igual, la aplicación del derecho objetivo al caso singular, para el esclarecimiento de una situación jurídica incierta o controvertida. Desde este punto de vista, actor y demandado persiguen, dentro del proceso, exactamente el mismo propósito. A fin de comprobar este aserto, analizaremos con todo cuidado la índole de los nexos existentes entre el actor y los órganos jurisdiccionales, por una parte, y estos últimos y el demandado, por la otra.

La relación entre el demandante y el juez es generalmente conocida con el nombre de *relación jurídica de acción.* La que existe entre los órganos jurisdiccionales y el demandado se llama de *contradicción o de defensa.*

Como arriba expusimos, el sujeto pasivo de ambas es el Estado; las partes, los sujetos activos. Frente al derecho subjetivo que el actor posee de pedir la aplicación del derecho objetivo a casos concretos, para la consecución de cualquiera de los mencionados fines, encontramos el deber de tales órganos de desplegar su actividad jurisdiccional. De modo análogo, frente al derecho de defensa del demandado existe la obligación impuesta al juez de realizar su función específica.

Entre la demanda y la sentencia hallamos, dentro del proceso, una serie más o menos complicada de actos, preparatorios del fallo. "Pues éste no surge de improviso; el derecho procesal objetivo no permite que la sentencia sea dictada sino después de practicados una serie de actos tendientes a preparar la resolución. El fallo es el término natural de una secuela de actos ejecutados por las partes y los funcionarios judiciales. De este modo el derecho de acción o el derecho a sentencia desdóblanse en una congerie de facultades o de poderes a los que corresponden otras tantas obligaciones de los órganos encargados de la función jurisdiccional. El actor ejerce varios poderes contenidos en el derecho de acción, desde la petición inicial hasta las alegaciones finales, y provoca la práctica de los correspondientes actos por parte de los funcionarios judiciales." [46]

Pero, lo mismo que el actor, el reo tiene derecho a realizar un conjunto de actos de procedimiento, correlativamente a los cuales existen las obligaciones del juez o tribunal. Se establece así una compleja trama de vínculos jurídicos que, considerada en su totalidad, aparece ante nos-

---

[46] Dos Reis. *Processo Ordinário e Sumário,* I, pág. 150.

otros como un proceso orientado hacia la declaración oficial del derecho, mediante sentencia.

Los procesalistas han discutido largamente la índole de ese derecho de defensa que, como antes sostuvimos, constituye el aspecto activo de la relación entre el demandado y los órganos estatales. Algunos autores, como Wach y Hellwig,[47] afirman que así como el del actor es derecho concreto a la tutela jurídica de sus intereses, el del demandado tiende al propio fin y, en consecuencia, puede definirse como derecho a que se declare la improcedencia de la acción.

La citada doctrina resulta notoriamente insuficiente, ya que no explica el caso en que la acción es fundada o, lo que es igual, la hipótesis en que la defensa carece de base legal. Entonces no cabe hablar de un derecho a que se declare la improcedencia de la acción, ya que partimos precisamente del supuesto contrario.

Lo que hemos afirmado contra la opinión de Hellwig y Wach podemos repetirlo frente a la de Chiovenda, según la cual el de defensa es un *contraderecho* relativamente a la acción, es decir, un derecho que tiende a destruirla o nulificarla.

"El reo ocupa en el proceso una posición autónoma e independiente; goza de facultades y de prerrogativas semejantes a las que la ley asegura al actor, ya sea que la acción promovida por éste resulte fundada, ya sea que carezca de fundamento. En consecuencia, no son de aceptarse las concepciones que ven en el derecho procesal del demandado un ataque contra acciones infundadas, puesto que tales concepciones establecen, en realidad, una dependencia del derecho de defensa relativamente al substancial que el demandado pretende hacer valer, así como las doctrinas que ven en la acción una modalidad del derecho subjetivo material establecen la dependencia del de acción frente al substancial que se pretende realizar." [48]

El de contradicción o de defensa es, pues, lo mismo que el otro, derecho autónomo o independiente, pudiendo decirse lo propio de la relación jurídica en que se manifiesta. Es, asimismo, relativo, como el de acción, en cuanto ambos existen frente a obligaciones especiales de una persona jurídica individualmente determinada (el Estado, representado por los órganos jurisdiccionales). Pertenece, por último, a la categoría de los derechos públicos subjetivos, ya que, según acabamos de indicarlo, se halla inserto en una relación de derecho público. En este sentido suele decirse que es un derecho frente a la institución estatal.

---

[47] Citados por Dos Reis, *Processo Ordinário e Sumário*, pág. 151.
[48] Dos Reis, obra citada, pág. 152.

Ciertos autores discuten si la relación jurídica de que tratamos es exclusivamente pública o tiene, al propio tiempo, carácter privado y público.

Según Mortara,[49] hay que distinguir, dentro del proceso, las relaciones entre las partes y los órganos jurisdiccionales, y las que median entre éstos y el demandado.

Tales relaciones dan origen a los siguientes deberes y derechos:

a) En cuanto al actor:

1. La facultad de provocar el ejercicio de la función jurisdiccional para la tutela de un derecho y a fin de obligar al demandado a que se someta a la decisión judicial.

2. El deber de sufrir las consecuencias del ejercicio de la actividad jurisdiccional, tanto en las relaciones con el juez o tribunal, como en las relaciones con el demandado.

b) En cuanto al demandado:

1. La obligación de participar en la relación procesal (esta obligación es consecuencia del ejercicio del derecho de acción).

2. El derecho de defensa, o sea, el de oponerse a las pretensiones del demandante y solicitar la tutela de los intereses propios, a través del ejercicio de la función jurisdiccional.

c) En cuanto al juez:

1. El deber de prestar su actividad.

2. El poder de realizar los actos necesarios para emitir el fallo.

De lo dicho se infiere que, en opinión de Mortara, hay entre las partes, dentro del proceso, deberes y derechos recíprocos. Según Dos Reis, esta opinión es falsa, porque sólo cabe afirmar que una persona tiene un derecho contra otra, cuando puede obligarla a hacer o a no hacer algo, es decir, a una prestación positiva o a una abstención. Pero es el caso que el demandante no puede obligar al demandado a

---

[49] *Commentario,* vol. II, págs. 535 a 538. Citado por Dos Reis, *Processo Ordinário e Sumário,* I, pág. 154.

que comparezca, ni a que se presente a absolver posiciones o a ofrecer pruebas, ni a ninguna otra cosa. Es posible que el reo sea *rebelde*, es decir, que no quiera comparecer ante el tribunal. Claro es que su rebeldía lo coloca normalmente en una situación de inferioridad dentro del proceso; pero aquella actitud no implica el incumplimiento de un deber, ni es tampoco ilícita. "Para asegurar la participación de los litigantes en el juicio, limítase la ley a establecer ciertas *cargas*, mas no les impone obligaciones; de aquí que no haya —dice Carnelutti— una relación jurídica procesal entre las partes. Las relaciones que se forman en el proceso entre los contendientes no son jurídicas, porque no puede decirse que uno de ellos esté obligado para con el otro a comparecer, o a contestar, o a absolver posiciones, o a rendir pruebas, o a alguna otra cosa." [50]

Además de la *declarativa*, puede haber en el procedimiento una fase *ejecutiva*. La finalidad del proceso, en esta última, no estriba en declarar la existencia de una obligación, sino en conseguir coactivamente su observancia. Cabe hablar, por tanto, de una *relación procesal de ejecución*.

"La relación procesal de ejecución —escribe Chiovenda— se constituye con la demanda de una medida ejecutiva: en muchos casos se hace oralmente al órgano ejecutivo y no se comunica al adversario; éste tiene noticia de ella por la comunicación de actos que ya pertenecen al desarrollo de la relación ejecutiva y al procedimiento ejecutivo. La relación ejecutiva tiene, pues, un carácter propio, originado por el hecho de que procediendo de una *declaración (título ejecutivo)*, la convicción de los órganos ejecutivos acerca de la voluntad de ley está ya formada." [51]

[50] Dos REIS, *Processo Ordinário e Sumário*, pág. 157.

[51] *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. CASÁIS y SANTALÓ, Madrid, 1923, t. I, pág. 114.

CAPITULO XVIII

DERECHO DE PETICION Y DERECHOS POLITICOS

SUMARIO

131.—El derecho de petición. 132.—Derechos políticos. 133.—Derechos políticos y prerrogativas del ciudadano, de acuerdo con la Constitución Federal.

131. EL DERECHO DE PETICION.—Al hablar, en el capítulo XIV de esta obra, de los derechos públicos subjetivos,[1] dijimos que el jurista germánico Jorge Jellinek los divide en tres grupos, a saber: 1.—Derechos de libertad; 2.—Derechos que se traducen en la facultad de pedir la intervención de los órganos del Estado en provecho de intereses individuales, y 3.—Derechos políticos. Hemos estudiado ya el concepto de libertad jurídica, así como el derecho de acción, que queda comprendido en el segundo grupo de la clasificación citada. En el presente capítulo trataremos del de petición, que pertenece al mismo grupo, y de los políticos, que integran el tercero.

Nuestra ley fundamental, en su artículo 8°, textualmente dice:

"Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

"A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario."

Según el publicista anteriormente mencionado, el derecho de petición debe ser incluído entre las llamadas *garantías de derecho público*. "No hay más derecho —escribe— que aquel que realmente se halla en vigor. Pero la aplicación del derecho debe ser garantizada o, lo que es lo mismo, debe haber ciertos poderes cuya existencia permita al ciu-

[1] Sección 108.

dadano conseguir que las reglas dejen de ser simples pretensiones abstractas dirigidas a la voluntad de los hombres, para convertirse en actos concretos... Las garantías de derecho público son, en diferentes épocas y Estados distintos, tan diversas como los ordenamientos jurídicos. El orden jurídico de cada época tiene siempre sus garantías específicas. En consecuencia, sólo un estudio especial de las instituciones particulares de un Estado concreto, en una determinada época, puede penetrar bien en la esencia de las mismas y dar de ellas una visión completa... Ello no obstante, si la teoría general del Estado pretende cumplir integralmente sus fines, debe intentar la exposición y clasificación general de los diversos medios de garantía establecidos por el derecho público." [2]

Jellinek encuentra que esos medios son de tres tipos: *a)* Garantías sociales; *b)* Garantías políticas; *c)* Garantías jurídicas.

Las primeras están constituidas por las grandes fuerzas que determinan y orientan la vida de una colectividad: religión, costumbres, moralidad, convencionalismos, etc. Estos factores obran constantemente sobre el desarrollo, el mantenimiento y, también, la transformación de los diversos ordenamientos jurídicos.

Las *políticas* consisten en las relaciones de poder que existen entre los diversos Estados —cuando del orden internacional se trata— y los distintos órganos de cada institución política, en el caso del nacional. "La garantía política más importante del orden estatal es la separación de poderes realizada en la organización del Estado. Esta separación de poderes puede hallarse intencionalmente dirigida hacia el establecimiento de una garantía de derecho público, o llegar al mismo resultado por el simple hecho de existir." [3]

Las *garantías jurídicas* se distinguen de las sociales y políticas en que su acción puede ser calculada de antemano con toda certidumbre. Jellinek las subdivide en dos categorías: la primera está formada por las que tienen como fin primordial asegurar la observancia del derecho objetivo; la segunda, por las que tienden principalmente a hacer respetar los derechos del individuo. Las instituciones jurídicas a través de las cuales esas garantías pueden realizarse, divídense a su vez en cuatro especies:

1. *Control* de los actos de órganos o miembros del Estado por autoridades superiores (controles administrativos, financieros, parlamentarios, etc.);

---

[2] JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit,* trad. FARDIS, París, 1913, t. II, pág. 566.
[3] JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit,* trad. FARDIS, París, 1913, t. II, pág. 568.

2. Sistema de *responsabilidad* de los funcionarios estatales;

3. *Organización jurisdiccional;*

4. Otros *medios jurídicos de garantía* de que los individuos pueden echar mano para la protección de sus derechos (derechos de acción, de petición, etc.). "Los particulares no sólo pueden dirigirse —para invocar sus derechos— a las autoridades administrativas y judiciales, sino también a los órganos superiores del Estado. Pueden, por ejemplo, ocurrir ante las Cámaras, gracias al derecho de petición, que permite a éstas tomar resoluciones en oposición al gobierno. Este derecho de petición es susceptible de modalidades muy diversas. Puede ser concebido simplemente como una manifestación de la libertad individual, en el sentido de que su ejercicio no es vedable ni punible.[4] Pero puede implicar asimismo un verdadero derecho: las Cámaras tienen entonces la obligación de tomar una decisión sobre el asunto." [5]

El derecho de petición, según lo establece el artículo 8º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, implica no sólo la facultad de formular peticiones por escrito, de manera respetuosa y pacífica, sino la de obtener un acuerdo sobre ellas, que debe ser comunicado en breve término al peticionario. Como el de acción, el de petición debe también ser considerado como *facultad jurídica abstracta,* en cuanto existe independientemente del derecho que eventualmente pueda tener el peticionario en relación con lo que solicita. Habrá que distinguir, en consecuencia, dos posibilidades: 1º—La de que se tenga derecho a aquello que se pide; 2º—La de que ese derecho no exista. Pero el derecho a la obtención de lo pedido no debe confundirse con el de petición. Pues no es lo mismo hallarse facultado para pedir algo y obtener una respuesta (favorable o no), que tener derecho a aquello que se pide.

Entre nosotros, el de petición puede ser ejercitado por cualquier persona, menos en materia política, ya que en tal supuesto corres-

[4] De acuerdo con nuestra teoría sobre la libertad jurídica, no podemos aceptar esta interpretación de JELLINEK, pues una cosa es el derecho de petición o facultad de dirigirse pacífica y respetuosamente a los funcionarios y empleados estatales, pidiendo algo por escrito, y otra el derecho de libertad que en la misma facultad se funda. El de petición es un derecho subjetivo de primer grado, en tanto que el de libertad es de segundo. De aquí que las personas tengan no solamente el derecho de hacer peticiones por escrito a las autoridades, sino también el de optar entre el ejercicio o no ejercicio de la facultad fundante. Y la facultad fundante es, en este caso, el derecho de petición.

[5] JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit,* trad. FARDIS, París, 1913, pág. 575 del t. II.

ponde únicamente a los ciudadanos. La petición debe formularse por escrito, de manera "pacífica y respetuosa".

Se trata de un derecho subjetivo público, en cuanto existe frente al Estado. Tiene, por último, carácter relativo, ya que a él corresponde una obligación especial de personas determinadas, es decir, el deber de las autoridades a quienes la petición se dirige, de acordar ésta y comunicar al peticionario, en breve término, el acuerdo.

132. DERECHOS POLITICOS.—El tercer grupo de derechos subjetivos públicos está integrado por los políticos.

La definición que nos parece más correcta es la que propone Jellinek en el tomo segundo de su *Teoría General del Estado.* Derechos políticos —dice el mencionado publicista— son los que consisten en la facultad de intervenir en la vida pública como órgano del Estado. El derecho de voto, verbigracia, es de índole política, porque es la pretensión de tomar parte en la elección de ciertos órganos, función que tiene asimismo carácter orgánico. Esto quiere decir que el votante obra como órgano estatal, ya que desempeña una función pública. Jellinek advierte, sin embargo, que el derecho de sufragio no debe ser confundido con el acto mismo de votar, porque este último ya no es derecho político, sino cumplimiento de una función. El derecho de voto es simplemente "la pretensión de intervenir por medio del voto en la elección de los órganos políticos".[6] Lo propio puede decirse del de ser votado. La pretensión de ser electo es el derecho político; el desempeño de los cargos de elección es, en cambio, función orgánica. "La voluntad del Estado es una voluntad humana. Aquél se procura, de acuerdo con un determinado orden legal, las voluntades individuales destinadas a llenar sus funciones. Consigue estas voluntades en una doble forma: imponiendo obligaciones o confiriendo derechos. Los derechos que concede con ese fin crean una nueva condición de la personalidad. Ésta se enriquece con el derecho de ser admitido en el ejercicio de la actividad política o, lo que es lo mismo, con la facultad de servir como órgano del Estado. Pero —como lo demostraremos más tarde— es necesario distinguir cuidadosamente la pretensión del individuo y la actividad del órgano. Esta última pertenece exclusivamente al Estado, de modo tal que el derecho del individuo sólo puede consistir en pretender ser admitido en calidad de órgano. Lo dicho vale tanto en el caso de todos los derechos que se puedan tener a desempeñar el papel de órgano permanente, como en el de la pretensión de participar por el voto en la creación de los órganos po-

6 JELLINEK. *L'Etat moderne et son droit.* trad. FARDIS, París, 1913, pág. 55 del t. II.

líticos. Votar es obrar por el Estado; el voto es, pues, una actividad orgánica; el derecho del individuo sólo puede consistir en que se le admita en el acto electoral." [7]

Kelsen, por su parte, define el derecho político como facultad de intervenir en la creación de normas jurídicas generales.[8] "La creación de normas generales —leyes— puede realizarse directamente por aquellos para los cuales dichas normas poseen fuerza de obligar (democracia directa); entonces, el orden jurídico estatal es producido directa e inmediatamente por el 'pueblo' (esto es, por los súbditos), reunidos en asamblea; cada ciudadano es titular de un derecho subjetivo de participar con voz y voto en dicha asamblea. O bien la legislación es obra de la representación popular; el pueblo legisla indirectamente a través de los representantes por él elegidos (democracia indirecta, representativa, parlamentaria); entonces, el proceso legislativo —es decir, la formación de la voluntad estatal en la etapa de las normas generales— comprende dos fases: elección del parlamento y resoluciones adoptadas por los miembros del parlamento elegidos por el pueblo (diputados); en ese caso hay un derecho subjetivo de los electores —un sector más o menos amplio de hombres—, el derecho electoral; y un derecho de los elegidos —un número relativamente menor— a participar en el parlamento con voz y voto. Estos hechos —las 'condiciones' de la creación de normas generales— son los que reciben esencialmente el nombre de 'derechos políticos'. En esencia, se les puede definir diciendo que son aquellos que conceden al titular una participación en la formación de la voluntad estatal." [9]

La diferencia entre las teorías de Jellinek y Kelsen radica en que el primero considera el derecho político como pretensión de ser admitido para el desempeño de las funciones orgánicas, y el segundo como el desempeño de tales funciones, cuando éstas tienden, directa o indirectamente, a la creación de normas jurídicas abstractas. Pensamos que el derecho de voto y, en general, todos los otros del mismo grupo, presentan, cuando son ejercitados, un doble aspecto: son derechos políticos en ejercicio y constituyen, al propio tiempo, una función del Estado.

Si aceptáramos la tesis de Jellinek según la cual el derecho político es simplemente la pretensión de llegar a ser órgano estatal, tendríamos que

---

[7] JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, trad. FARDIS, II, pág. 54.

[8] Recuerde el lector la distinción kelseniana entre normas generales y normas individualizadas, que estudiamos en la sección 42 de esta obra.

[9] KELSEN, *Teoría General del Estado*, trad. LEGAZ LACAMBRA, ed. Labor, Madrid, 1934, pág. 199.

admitir igualmente la imposibilidad de ejercitar tal derecho. Es cierto que cuando el ciudadano vota realiza una función orgánica, ya que sus actos tienden a la integración de la voluntad estatal; pero ello no significa que al proceder de tal suerte no ejercite un derecho subjetivo. Lo que ocurre es que el ejercicio del derecho político es, al propio tiempo, realización de una función pública. Jellinek disgrega indebidamente el derecho político, como facultad normativa, del hecho real de su ejercicio.[10] Tal disgregación equivale en el fondo a considerar que el acto de votar es un mero hecho, no el ejercicio de una facultad legal.

La restricción que Kelsen establece, al decir que los derechos políticos se reducen a la intervención de los individuos en la creación de preceptos generales o abstractos, también nos parece injustificada. La definición kelseniana es totalmente inaplicable, por ejemplo, al derecho de tomar las armas en el Ejército o en la Guardia Nacional para la defensa de la patria, porque la función pública que el Ejército realiza no tiende a la creación de normas jurídicas generales. La tesis de Kelsen sólo sería aplicable al caso del derecho de votar y ser votado, si bien con algunas restricciones que, en nuestro concepto, vienen a demostrar la insuficiencia de la teoría. El derecho de intervenir en la elección del Presidente de la República es, sin duda alguna, de índole política; pero las funciones del Presidente no se refieren de manera exclusiva a la creación de normas jurídicas abstractas. Es cierto que, en el sistema jurídico mexicano, el Presidente interviene en el proceso legislativo en la forma que indicamos en la sección 40 de esta obra; pero tal intervención constituye solamente uno de los múltiples aspectos de su actividad orgánica. Si tomásemos al pie de la letra la tesis de Kelsen, tendríamos que declarar que la intervención de los ciudadanos en las elecciones presidenciales sólo puede ser considerada como ejercicio de un derecho político, en cuanto el Presidente de la República desempeña un papel en el proceso legislativo. Mas no hay que olvidar que la función esencial de dicho órgano es la ejecutiva.

133. DERECHOS POLITICOS Y PRERROGATIVAS DEL CIUDADANO, DE ACUERDO CON LA CONSTITUCION FEDERAL.—Los derechos políticos son prerrogativas del ciudadano; mas no todas las prerrogativas cívicas tienen el carácter de derechos políticos. Tales prerrogativas son enumeradas por el artículo 35 constitucional, que a la letra dice:

"Son prerrogativas del ciudadano: I.—Votar en las elecciones populares; II.—Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y

[10] Sobre la distinción entre los derechos y su ejercicio, recuérdese lo dicho en la sección 89 de esta obra.

nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley; III.—Asociarse para tratar los asuntos políticos del país; IV.—Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes, y V.—Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición."

Las facultades a que se refieren los incisos I, II y IV son los derechos políticos que nuestra ley fundamental reconoce. La facultad a que alude la fracción III es un caso especial del derecho de asociación que consagra el artículo 9 de la misma ley suprema.[11] El derecho establecido en la fracción V pertenece, como hemos visto, al segundo grupo de la clasificación de Jellinek.

[11] "No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país..."

CAPITULO XIX

LA NOCION DEL DEBER JURIDICO

SUMARIO

134. EL DEBER JURIDICO COMO CONSECUENCIA DE DERECHO.—En la sección 88 explicamos cómo la realización de los supuestos que las normas jurídicas contienen, produce, de manera lógicamente necesaria, determinadas consecuencias de derecho, las cuales pueden consistir en el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de facultades y deberes. Infiérese de lo dicho que las formas esenciales de manifestación de tales consecuencias son el deber jurídico y el derecho subjetivo. Hemos hablado ya de la correlatividad de ambas nociones: a todo deber jurídico corresponde una facultad de la misma clase, y viceversa. La obligación que el vendedor tiene de entregar la cosa vendida, por ejemplo, es correlativa del derecho que corresponde al comprador de exigir la entrega.

A pesar de que las nociones de deber y derecho poseen la misma importancia, los juristas, con muy raras excepciones, han descuidado por completo el análisis del primero de dichos conceptos, para dedicarse, casi exclusivamente, a investigar la esencia del segundo. Corresponde a Jellinek y Kelsen el mérito de haber combatido la deficiencia de que hablamos, y señalado la necesidad de consagrar al deber jurídico un estudio especial, paralelamente a la discusión sobre el derecho como facultad normativa.

Entre los autores que han abordado el tema, es posible descubrir dos tendencias fundamentales. Una de ellas está representada por las doctrinas que pretenden establecer una identificación entre deber jurídico y deber moral; la otra, por las que sostienen la independencia de

ambas nociones. A continuación consideraremos los dos puntos de vista, para indicar después cuál nos parece correcto.

135. EL DEBER JURIDICO COMO OBLIGACION ETICA INDIRECTA (TESIS DE KANT).—Los juristas para quienes el deber jurídico no difiere esencialmente del moral inspíranse en la doctrina ética kantiana, mencionada ya por nosotros en diversas ocasiones.

La legislación positiva, como conjunto de reglas de conducta emanadas de la voluntad del legislador, no puede, por sí misma, ser mirada como fuente de auténticos deberes. Para que un precepto legal posea obligatoriedad, es indispensable, de acuerdo con la *Fundamentación Metafísica de las Costumbres*, que derive de la voluntad del sujeto que ha de cumplirlo y tenga, a la vez, valor universal. O, expresado en otro giro: para que una regla de acción me obligue, debe ser autónoma, es decir, tener su origen en mi voluntad. Si no deriva de ella, sino del albedrío ajeno, la regla es heterónoma y, por ende, no me obliga. Pero como el hombre puede, en uso de su autonomía, aceptar las órdenes del legislador, convencido de su validez universal, la observancia de la ley llega de esta guisa a convertirse en contenido de un deber. Los súbditos, procediendo autónomamente, están capacitados para transformar los mandatos legales en normas verdaderas. Esto ocurre cuando les reconocen validez y se someten voluntariamente a ellos. Sólo que en este caso, el individuo, más que cumplir con el derecho, cumple con la moral o, más precisamente, acata la ley por razones morales. De aquí la distinción, trazada por Kant, entre obligaciones éticas directas e indirectas. La jurídica resulta, de acuerdo con la tesis que examinamos, una obligación ética indirecta.[1]

136. TESIS DE LAUN.—En la presente sección expondremos la teoría del antiguo Rector de la Universidad de Hamburgo contenida en el discurso rectoral titulado *Moral y derecho*, que aquél pronunció el 10 de noviembre de 1924. La disertación de que hablamos constituye una fina crítica de las especulaciones kelsenianas, y uno de los más apasionados alegatos contra la tesis de la heteronomía de lo jurídico.

Mientras Kelsen coloca una aureola sobre la cabeza del legislador, Laun lo sienta en el banquillo de los acusados y convierte en juez al súbdito.

"Los particulares y la ciencia del derecho no son los esclavos del autor de la ley, sino sus jueces, quienes aun en el caso de que tengan

[1] *Metaphysik der Sitten*. Herausgegeben von J. H. V. Kirchmann, Leipzig, 1870, pág. 32.

que doblegarse ante la fuerza externa, son los llamados a resolver a cada momento nuevamente si aquello que les ha ordenado dicha fuerza es bueno, es decir, moral y jurídico a la vez." [2]

Tradicionalmente —dice Laun— se ha sostenido que el orden positivo es un conjunto de normas heterónomas. La heteronomía del derecho se hace consistir en que los preceptos jurídicos no derivan de la voluntad de los sujetos que han de cumplirlos, sino de la de un sujeto distinto, a quien se llama legislador. Mas si se acepta la tesis kantiana según la cual de los hechos no es lícito desprender conclusiones normativas, tendrá que admitirse que una voluntad ajena —en este caso la del autor de la ley— no puede obligarnos.

En realidad —sigue diciendo el famoso jurista— no es correcto hablar de normas heterónomas. Gramaticalmente nada impide expresar de manera imperativa la voluntad de un individuo, en relación con el comportamiento de otro. Pero el hecho de que el primero quiera algo y lo ordene al segundo, no demuestra que éste tenga la obligación de obedecer. "Un imperativo en sentido lingüístico es o heterónomo, en cuyo caso no puede expresar un deber, o expresa un deber, pero entonces no puede ser heterónomo. Si tratamos de traducir este pensamiento de los filósofos al lenguaje cotidiano, podremos decir aproximadamente lo que sigue: una frase que me ordena algo es o la expresión de una voluntad ajena, caso en el cual no me puede obligar, o me obliga, pero entonces no puede ser la expresión de una voluntad ajena." [3]

De aquí se infiere que si hay normas jurídicas auténticas, tendrán que ser, necesariamente, autónomas.

Sólo que el orden positivo, como tal, es un complejo de exigencias emanadas de los que tienen el poder. Aun cuando tales exigencias sean formuladas como verdaderas normas, sólo constituyen juicios enunciativos que establecen en qué condiciones habrán de aplicarse determinadas penas a quienes no acaten los mandamientos de la autoridad. "El llamado derecho positivo es, en consecuencia, una congerie de enunciaciones sobre la aplicación condicionada del poder del más fuerte. Es poder, pura y simplemente. No encierra ningún deber, ninguna obligación." [4] Si nos obstinamos en considerar el orden jurídico como sistema de preceptos heterónomos, llegaremos fatalmente a la conclusión de que entre los hombres rige el mismo "derecho" que entre los animales: "el más fuerte devora a su gusto al más débil, mientras no se

---

[2] RUDOLF LAUN, *Recht und Sittlichkeit*, Hamburg, 1927. Verlag von C. Boysen. Zweite Auflage, pág. 22.

[3] *Recht und Sittlichkeit*, pág. 6.

[4] LAUN, *Recht und Sittlichkeit*, pág. 8.

lo impida alguien más fuerte todavía, sin violar con ello ningún 'deber' ni cometer tampoco una 'injusticia'. La palabra 'derecho' resulta entonces superflua. No hablamos, verbigracia, del 'derecho' del lobo de destrozar a la oveja. Por tal razón sería más exacto no hablar nunca del 'derecho del más fuerte o del vencedor', sino del poder del más fuerte y, en consecuencia, preferible sería también no hablar del 'derecho positivo', sino del '*poder positivo*', caso en el cual podría perfectamente suprimirse la palabra 'positivo'." [5]

No podemos negar, sin embargo, que en la mayoría de los individuos existe el sentimiento del deber, ni desconocer que los preceptos del derecho son generalmente acatados de manera espontánea. El cumplimiento del orden jurídico no descansa, ni puede descansar exclusivamente, en el temor a las sanciones. Si aquel sentimiento no existiese, no podría la fuerza por sí sola imponer los preceptos que integran ese orden. El verdadero derecho no es heterónomo, sino autónomo. Para que una conducta constituya la realización de un deber jurídico, la norma que lo establece ha de derivar de la voluntad del obligado. Cuando el sujeto convierte en máxima de sus actos determinada regla, convencido de su validez universal, sí puede hablarse de un auténtico deber jurídico. Con gran frecuencia, los particulares acatan voluntariamente, sin pensar siquiera en las sanciones y castigos, los preceptos que el legislador formula. Y, al acatarlos, seguros de que expresan un deber, transforman la exigencia ajena (que como tal no puede obligarles), en norma autónoma, es decir, en verdadero derecho.

Pero el reconocimiento de la obligatoriedad de una disposición legislativa, por parte de los destinatarios, debe existir en cada caso de aplicación concreta. No puede tratarse, por consiguiente, de un reconocimiento general o "aceptación en blanco", como dice Radbruch. Semejante aceptación traduciríase en una obediencia ciega, sin significación normativa.

Requiérese, además, que el sujeto sólo convierta en normas de conducta reglas que valgan de manera objetiva, o sea, principios dotados de validez universal. Un mero deseo subjetivo, un querer arbitrario, no pueden ser fuente de obligaciones.

"De lo expuesto se desprende que sólo existe un deber. Derecho y moral, concebidos ambos como un deber, en oposición al acontecer, son una y la misma cosa. Son la totalidad de las vivencias del deber; el deber concebido unitariamente." [6] Tal unidad no queda destruida por

[5] LAUN, obra citada, pág. 8.
[6] LAUN, *Recht und Sittlichkeit*, pág. 15.

los llamados conflictos entre derecho y moral, porque, o se trata de oposiciones entre un deber auténtico y una necesidad impuesta por la fuerza, o de una pugna entre dos deberes de la misma índole. Ahora bien: en el primer caso no es el derecho el que entra en lucha con la moral, sino un poder arbitrario; en el segundo, el deber se opone al deber; "pero nada nos autoriza para afirmar que de un lado se halle precisamente el derecho, y del otro la moral... En realidad, los conflictos entre deber y deber no difieren de los que en la actualidad consideramos como conflictos internos de la moral, o conflictos morales. Éstos son resueltos por el legislador que los ha creado, es decir, por el mismo individuo. Él es el único capaz de resolver dentro de su conciencia, qué valor, qué deber, qué obligación merecen preferencia. Por tanto, tampoco en esta hipótesis se pone en duda *la unidad de moral y derecho*".[7]

137. CRITICA DE LA TESIS KANTIANA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD (NICOLAI HARTMANN).—La doctrina que acabamos de exponer es una aplicación, al campo del derecho, de las ideas desarrolladas por Kant en su *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres.* Queremos referirnos, especialmente, a la famosa teoría de la autonomía de la voluntad. De acuerdo con esta tesis, una conducta sólo es moralmente valiosa cuando la máxima que la rige no deriva de una voluntad ajena, sino del mismo obligado. "Recibir la ley del exterior, aceptar su autoridad, sería heteronomía." Un precepto moral debe ser —según Kant— la propia ley de la voluntad, la expresión de su verdadera tendencia. La razón práctica ha de ser autónoma; debe darse a sí misma sus máximas. La esencia metafísica de la voluntad estriba cabalmente en esta autolegislación.

"De acuerdo con la interpretación kantiana, resulta invertida la relación entre deber y querer. El deber no determina ya a la voluntad, sino que ésta es la que determina al deber. El deber, lo objetivo, revélase ahora como lo subordinado. Es simplemente la expresión de la ley, la objetividad del querer puro... Nos encontramos frente a una reducción de lo valioso a otra cosa, que le es extraña; lo valioso es explicado por el Filósofo de Koenigsberg en función de algo que no es un valor. Y aquí, como en el eudemonismo, el principio de explicación es también una tendencia interior del sujeto. Nadie dejará de percibir, sin embargo, la profunda diferencia que hay entre las dos posiciones: en el primer caso, la explicación se basa en una tendencia natural e impulsiva; en el segundo, en una tendencia racional y

[7] LAUN, obra citada, pág. 17.

metafísica. Pero, en principio, las dos explicaciones hállanse en el mismo plano. Ambas reducen algo que es objetivo, que existe en sí, a lo subjetivo. . ."[8]

La tesis del subjetivismo trascendental hace imposible la libertad, y revela que la doctrina kantiana de la autonomía es falsa. Para el Filósofo de Koenigsberg sólo es buena sin restricción la voluntad que obra no únicamente conforme al deber, sino también por deber. De aquí se infiere que la voluntad pura sólo puede obrar por deber. Si obrase por motivos diferentes, ya no sería voluntad pura, sino querer empírico. Ahora bien: una voluntad que obra exclusivamente por deber, no es libre, ya que no puede apartarse de aquél. Y, si no es libre, tampoco es buena, pues sin libertad no hay moralidad.

Al lado del querer puro admite Kant una voluntad empírica, la cual sí puede obedecer a otros motivos de determinación. Resulta entonces que la empírica es la única libre y, por ende, que sólo ella puede ser moral o inmoral. No es exacto, en consecuencia, que sólo el querer puro sea bueno sin restricción. El querer puro del filósofo alemán no es bueno ni malo, es amoral.

"El subjetivismo trascendental no lleva a la ética a esa libertad de la voluntad para probar la cual fue introducido. Lo que resulta imprescindible para la libertad de la voluntad es, cabalmente, no la autonomía o imposición del principio por ella misma, sino su distancia del principio, su movilidad frente a éste, el campo de acción del pro y el contra ante la norma. Y es evidente que esta condición de distancia únicamente se da cuando el principio de la acción posee otro origen, esto es, cuando no está engarzado en el sujeto." [9]

Si de acuerdo con las premisas sentadas por Kant sólo es libre el querer empírico, y éste debe, en todo caso, obrar de acuerdo con el imperativo categórico, aunque *de facto* no siempre suceda tal cosa, habrá que admitir que, relativamente a la voluntad libre, dicho imperativo es heterónomo. Es heterónomo porque no constituye la expresión del querer libre, sino un principio objetivamente válido, al que debe ceñirse la actividad del hombre.

Aun cuando se proceda contrariamente a las exigencias de la razón pura práctica, la ley moral subsiste como el principio a que debe sujetarse siempre la conducta. Resulta imposible, por tanto, considerar que la moral es autónoma, pues aun cuando se acepte que el sujeto se da a sí mismo su ley, no puede admitirse que la buena voluntad —que obra

---

[8] NICOLAI HARTMANN, *Ethik*, Verlag Walter de Gruyter, Berlín, Zweite Auflage, pág. 89.

[9] NICOLAI HARTMANN, *Ethik*, pág. 92.

solamente por deber— esté facultada para ir en contra de lo que aquella máxima exige.

Las mismas palabras de Kant demuestran la necesidad de reconocer al deber validez absoluta independientemente de la voluntad del obligado. "La buena voluntad es la que obra no sólo conformemente al deber, sino también por deber." [10] Esta frase sólo conviene al querer empírico, pues supone que la voluntad que obra conformemente al deber, está en la posibilidad de no obrar por deber. Después de mencionar varios casos de acciones realizadas conformemente al deber, mas no por deber, concluye el filósofo que carecen de significación ética. Y esto equivale a sostener la objetividad de los valores frente a la voluntad del sujeto, y demuestra la heteronomía de la legislación moral.

138. CRITICA DE LA TESIS DE LAUN.—Lo que de la moral se dice vale también para el derecho. La validez de las normas jurídicas no depende de la voluntad de los obligados, pues si por voluntad se entiende el querer empírico, tendrá que aceptarse que éste es un mero hecho, y no sirve, por tanto, para justificar ninguna obligación. Y si al hablar de la voluntad de los particulares quiere hacerse referencia a ese impulso metafísico que Kant denominó el querer puro, incúrrese en las contradicciones antes señaladas, y se llega, en último análisis, a la conclusión de que las exigencias de la razón práctica valen incondicionalmente para el querer empírico, y representan frente a él una legislación heterónoma.

Laun tiene razón al decir que del hecho de que un legislador me ordene algo no se sigue que esté yo obligado a obedecer. Pero el argumento en que descansa su aserto vale también contra la tesis del antiguo Rector de la Universidad de Hamburgo. Del hecho de que yo considere que debo hacer algo, no se desprende, de manera necesaria, que deba yo hacerlo. Lo que debo hacer, para constituir una verdadera obligación, ha de tener carácter incondicionado, valer aun en contra de mi voluntad. Pues una de dos: o no puedo dejar de hacer lo que debo y quiero, y entonces mi actitud no tiene ningún sentido moral, o puedo dejar de hacerlo, aunque deba hacerlo en todo caso, y entonces la regla no encuentra en mi albedrío el fundamento de su obligatoriedad, sino en un valor objetivo, independiente de mi querer.

La ley que yo respeto y acato, aun en contra de mis intereses personales, puede ser mala o injusta. La legislación autónoma sería objetivamente válida únicamente en la hipótesis de que el legislador fuese in-

[10] *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, pág. 22 de la traducción castellana de GARCÍA MORENTE.

falible. Pero el autolegislador que nos pinta el filósofo de la *Fundamentación Metafísica de las Costumbres* no es el hombre real, sino un ente abstracto, dotado de divina omnisapiencia.

Una acción no es justa por haber sido cumplida en acatamiento a una ley que el sujeto se ha dado a sí mismo, ni es justa tampoco por el hecho de encontrarse en consonancia con una máxima universal. El imperativo categórico es una ficción de carácter psicológico, como lo han demostrado con abundancia de razones Beneke, Franz Brentano y Max Scheler.[11]

139. TESIS DE KELSEN.—Partiendo también de uno de los pensamientos fundamentales de la ética kantiana, sostiene Kelsen que la reducción del concepto jurídico de obligación al de deber moral, constituye un error superlativo. El deber moral, arguye, es autónomo por esencia; el jurídico es heterónomo. La norma que estatuye el segundo puede, al ser violada, aplicarse al caso concreto individual, posibilidad que no existe en el ámbito de la ética. "Un hombre está obligado a una determinada conducta en tanto que el comportamiento antitético de la misma se halla determinado en la norma de derecho como la condición de un acto de coacción constitutivo de la consecuencia jurídica."[12] "El deber jurídico no es una vinculación psíquica real, sino jurídica. Esto lo comprueba el hecho de que la existencia del deber jurídico es en todo independiente de que en cada caso concreto exista o no un vínculo psíquico en aquella dirección en que radica la conducta constitutiva del contenido del deber.

"Según el conocimiento jurídico, la validez del juicio en virtud del cual se está jurídicamente obligado a una determinada conducta, es independiente del hecho de que el hombre cuya conducta constituye el contenido del deber se sienta o no vinculado, y aun de que tenga o deje de tener la menor idea de su obligación. El deber jurídico 'subjetivo' revela un carácter enteramente objetivo. Pero si respecto de este hecho nos limitamos a advertir la vinculación psíquica media de las normas jurídicas, entonces no es ya el problema del deber jurídico, sino la eficacia de las representaciones psíquicas de las normas lo que está en cuestión. No es en este dominio psicológico, sino en el reino normativo del derecho, donde ha de determinarse el concepto del deber como concepto jurídico. Precisamente en él, en esta forma manifesta-

---

[11] BRENTANO, *El origen del conocimiento moral*, págs. 83 y 84 de la traducción de GARCÍA MORENTE.

[12] KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. trad. LEGAZ Y LACAMBRA, Madrid, 1933, pág. 41.

tiva del derecho subjetivo, compruébase que la distinción de derecho objetivo y subjetivo tiene que convertirse de 'trans-sistemática' (antítesis de dos sistemas contrapuestos) en 'intra-sistemática' (antítesis de dos contenidos del mismo sistema), si ha de subsistir de algún modo. Este es el caso cuando se plantea dicha antítesis como la relación de una norma general abstracta y una norma reguladora de una conducta individual concreta, ateniéndose a la idea de que también el derecho subjetivo es derecho, es decir, norma jurídica... El deber jurídico y la facultad son la norma jurídica concreta, individual, con referencia a dos distintos contenidos o hechos por ella regulados." [13]

Al hablar del deber jurídico, Kelsen comete un error semejante al que anteriormente señalamos en relación con su doctrina del derecho subjetivo.[14] Es decir, confunde el deber derivado de la norma, con la norma misma. Además, defiende una doctrina errónea sobre las nociones de heteronomía y autonomía. Como ya hemos hecho la crítica de este aspecto de la tesis, creemos inútil repetir lo dicho.

140. DOCTRINA DE GUSTAVO RADBRUCH.—Según Radbruch, el deber moral difiere del jurídico en que el primero es inexigible, en tanto que el segundo se caracteriza por su exigibilidad. O, como dice elegantemente el citado jurista: la obligación moral es deber, pura y simplemente; la jurídica no es sólo deber, sino deuda. Frente al obligado por la norma moral no hay otra persona que pueda exigirle el cumplimiento; frente al obligado por una norma jurídica, en cambio, existe un pretensor. De aquí la correlatividad de las nociones de deber jurídico y derecho subjetivo.

Hablando rigurosamente, la bilateralidad a que alude el autor alemán, más que atributo de cada norma de derecho, lo es de la regulación jurídica, concebida como conexión de dos juicios normativos, recíprocamente fundados: uno atributivo y otro imperativo. Si el imperativo estatuye que "la persona que descubra un tesoro en terreno ajeno tiene el deber de entregar la mitad al dueño del predio", el atributivo habrá de referirse al otro aspecto del mismo vínculo, y se expresará de esta manera: "el dueño del predio tiene el derecho de exigir del descubridor la mitad del tesoro hallado por éste en dicho predio". Por regla general, sólo se expresa uno de los juicios, si bien nada excluye la posibilidad de que ambos se encuentren legislativamente formulados. Si el explícito alude al aspecto activo, el implícito refiérese al aspecto pasivo; si, por el contrario, el explícito hállase referido al pasivo, el im-

[13] KELSEN, *Teoría General del Estado*, pág. 80 de la traducción castellana.
[14] Ver sección 105.

plícito tiene que aludir al otro término de la relación. La referencia a cada uno de los sujetos cuya conducta se regula implica una referencia correlativa al otro, puesto que el imponer a uno un deber supone el otorgar, al otro, el derecho de exigir el cumplimiento, del mismo modo que el atribuir a uno un derecho implica el imponer a otro (u otros), el deber de observar la conducta exigida para la satisfacción de las facultades del pretensor.[15]

141. CONEXIONES ESENCIALES DE CARACTER FORMAL ENTRE DEBER JURIDICO Y DERECHO SUBJETIVO. ONTOLOGIA FORMAL DEL DERECHO Y LOGICA JURIDICA.—El análisis de las conexiones esenciales de índole formal entre deber jurídico y derecho subjetivo revela cómo toda obligación restringe la libertad jurídica del obligado. Cuando un deber jurídico nace a cargo de un sujeto, éste pierde, al mismo tiempo, ya el derecho de omitir lo que se le ordena, ya el de hacer lo que se le prohíbe. En relación con la conducta objeto de una prohibición o de un mandato, el obligado no es, ni puede ser, jurídicamente libre. Si aquélla está prohibida, el sujeto del deber puede lícitamente omitirla, mas no ejecutarla; si está ordenada, se le permite ejecutarla, pero no omitirla. Lo que llamamos deber jurídico es, por tanto, la *restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa.* Expresado en otro giro: tenemos el deber de hacer (o de omitir algo), si carecemos del derecho de optar entre hacerlo y omitirlo.

Cuando se nos ordena una acción, el deber jurídico es fundante del derecho de ejecutar la conducta obligatoria; cuando se nos prohíbe un cierto acto, el deber es fundante del derecho a la omisión de la conducta ilícita.

De aquí el siguiente axioma: *Todo lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido.* Este principio expresa una *relación de inclusión de clases,* a saber: la que existe entre la de las conductas jurídicamente ordenadas y la de las jurídicamente permitidas. Podemos, pues, bautizarlo con el nombre de *axioma de inclusión.* Si a la primera de esas clases la llamamos L_1, y a la segunda L, podremos representar gráficamente la relación entre ambas con ayuda de dos círculos concéntricos. En la figura 1, el círculo menor (L_1) encierra los procederes jurídicamente ordenados (clase incluída); el mayor contiene los jurídicamente lícitos (o permitidos) y es, por tanto, la clase incluyente.

[15] Cfr., sobre este punto, mi estudio *Esencia y estructura del juicio en general y de la norma de derecho en particular.* "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. I, núms. 3-4, julio-diciembre, 1951, págs. 319-348.

Como L_1 está incluída en L, resulta obvio que todas las conductas jurídicamente ordenadas se encuentran, al propio tiempo, jurídicamente permitidas, que es lo que dice el axioma. En cambio, no todas las jurídicamente permitidas son obligatorias, puesto que el derecho de ejecutar la conducta lícita puede ser de ejercicio potestativo. Lo dicho revela que L_1 corresponde al derecho del obligado, en tanto que la zona anular que rodea a L_1, a la que llamaremos L_2, abarca los derechos no fundados en un deber del titular. De aquí este otro principio, que apellidaremos *axioma de libertad:* "Lo que estando jurídicamente permitido no está jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse."

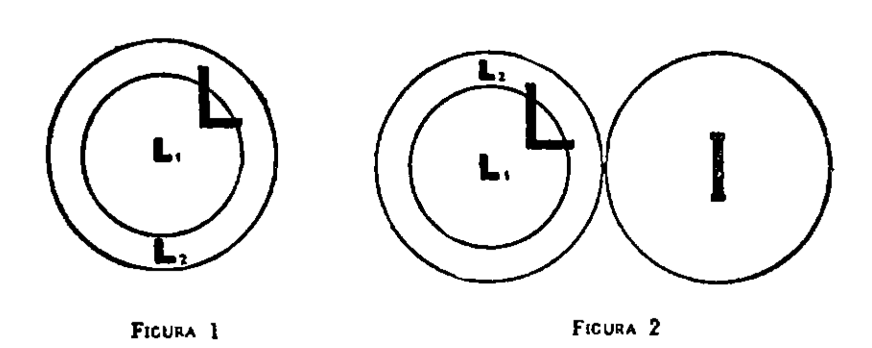


FIGURA 1 FIGURA 2

Las conductas ilícitas forman también otra clase, a la que daremos el nombre de *I*. Las clases *L* e *I* no poseen elementos comunes, por la sencilla razón de que aquélla es la de los procederes permitidos, y ésta la de los prohibidos por las normas del derecho. La figura 2 representa gráficamente las distintas clases de conductas jurídicamente reguladas. En ese diagrama, *I* corresponde a los procederes jurídicamente prohibidos. Los círculos grandes no se cortan, ya que no es posible que las conductas comprendidas dentro del de la izquierda (es decir, las jurídicamente lícitas) pertenezcan, también, al de la derecha (conductas ilícitas). Esto es precisamente lo que enseña el *axioma ontológico-jurídico de contradicción,* según el cual *la conducta jurídicamente regulada no puede hallarse, al propio tiempo, prohibida y permitida.* Si un proceder está jurídicamente regulado, no es posible que pertenezca, a la vez, a las dos clases *L* e *I*. O, como lo expresa el *axioma ontológico-jurídico de exclusión del medio:* "Si una conducta está jurídicamente regulada, o está prohibida, o está permitida" *(tertium non datur)*. Síguese de ello que si un proceder no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido; y, si no está jurídicamente permitido, está jurídica-

mente prohibido. Decir que un acto "no está jurídicamente permitido" equivale a aseverar que "está jurídicamente prohibido", del mismo modo que sostener que un comportamiento "no está jurídicamente prohibido" en realidad significa que "está jurídicamente permitido". De lo cual se infiere que los asertos: "lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido" y "lo que no está jurídicamente permitido está jurídicamente prohibido", son formulaciones negativas de otro principio ontológico-jurídico, el *axioma de identidad*, que reza: "Todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo." (O sea: lo que está jurídicamente prohibido está jurídicamente prohibido; lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente permitido.)

De los cinco axiomas expuestos es posible derivar gran número de teoremas, válidos para las distintas formas de la conducta jurídicamente regulada. Esos axiomas y teoremas constituyen la ontología formal del derecho, y sirven de base a otros tantos axiomas y proposiciones lógico-jurídicos, que ya no se refieren a las diversas clases de regulación jurídica de la conducta, sino a las *normas* reguladoras del comportamiento humano.[16]

[16] He desarrollado ampliamente estas ideas en mis libros *Introducción a la Lógica Jurídica,* Fondo de Cultura Económica, México, 1951, y *Los Principios de la Ontología Formal del Derecho y su expresión simbólica,* Colección Cultura Mexicana, Imprenta Universitaria, México, 1953.

CAPITULO XX

CONCEPTO JURIDICO DE PERSONA

SUMARIO

142. DEFINICION.—Se da el nombre de *sujeto, o persona,* a todo ente capaz de tener facultades y deberes.

Las personas jurídicas divídense en dos grupos: *físicas* y *morales.* El primer término corresponde al sujeto jurídico individual, es decir, al hombre, en cuanto tiene obligaciones y derechos; se otorga el segundo a las asociaciones dotadas de personalidad (un sindicato o una sociedad mercantil, por ejemplo). Como ambas designaciones son ambiguas, preferimos decir *persona jurídica individual* y *persona jurídica colectiva.*

143. PROBLEMAS QUE SUSCITA EL ESTUDIO DE LA NOCION DE PERSONA.—La materia a que nos referimos es, incuestionablemente, una de las más arduas de la ciencia jurídica. A pesar del enorme número de trabajos escritos sobre ella, los tratadistas no han logrado todavía ponerse de acuerdo. Una de las principales causas de que en este punto no haya sido posible encontrar soluciones que gocen de una aceptación más o menos general, debe verse en la gran diversidad de puntos de vista en que los autores se han colocado al abordar el problema. Tomando en cuenta esta circunstancia, nuestra primera preocupación consistirá en distinguir las diversas cuestiones que pueden suscitarse acerca de la personalidad jurídica, para indicar después en qué forma pueden ser resueltas.

Lógicamente, la primera pregunta que ocurre formular es la que se refiere a la esencia de las personas jurídicas. Es decir, en qué forma puedan definirse. Como la noción de persona es uno de los conceptos jurídicos fundamentales, su definición incumbe a la Filosofía Jurídica. El problema a que aludimos queda, pues, resumido en la interrogación siguiente: *¿qué son los sujetos de derecho?*

Otra cuestión que podemos plantearnos consiste en establecer quiénes son considerados como sujetos en un determinado ordenamiento positivo. Por ejemplo: ¿a qué entes reconocen personalidad jurídica el derecho alemán o el mexicano? Este problema no se confunde con el primero, ya que no estriba en determinar la esencia de la personalidad, sino en inquirir a qué individuos o asociaciones considera la ley como sujetos de derecho. El interrogante no ofrece, en realidad, dificultad ninguna, porque las leyes de los diversos Estados claramente indican cuáles son los entes dotados de personalidad. Basta, pues, con abrir los textos legales para encontrar la respuesta que se busca. El Código Civil del Distrito Federal, nos dice, por ejemplo, en su artículo 22, que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte,[1] y el 25 declara que son personas morales: "I.—La Nación, los Estados y los Municipios; II.—Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; III.—Las sociedades civiles o mercantiles; IV.—Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal; V.—Las sociedades cooperativas y mutualistas; VI.—Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo, o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la Ley".

El problema que consiste en establecer qué entes tienen personalidad en determinado orden jurídico, pertenece a la Jurisprudencia Técnica. Su solución incumbe a la Sistemática del orden positivo de que se trate.

Una tercera cuestión que debe ser distinguida de las precedentemente enumeradas, estriba en investigar a qué individuos o grupos de individuos, y bajo qué condiciones, debe otorgárseles o reconocérseles personalidad jurídica. Esta tercera interrogación es de índole política y concierne, especialmente, a la actividad del legislador. Trátase, pues, de

[1] Artículo 22. "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código."

un problema de política legislativa. También este interrogante es ajeno a la definición del sujeto de derecho. Cuando el legislador se plantea, con criterio pragmático, aquella cuestión, lo que le interesa saber no es qué entes sean en realidad personas jurídicas, sino a cuáles convenga reconocerles tal carácter. Claro que el problema sólo tiene sentido para los autores que no ven en la personalidad jurídica una creación *ex nihilo*, realizada por el autor de la ley; porque para los positivistas, la dificultad no existe. De acuerdo con el primer criterio, la declaración legal de que tales o cuales entes son personas es un mero acto de *creación*. Al discutir el problema de la personalidad no hay que olvidar, por consiguiente, la posibilidad de esta doble interpretación del concepto de sujeto de derecho, análoga a la que existe en relación con las nociones de deber jurídico y derecho subjetivo.

En este capítulo estudiaremos únicamente el primero de los tres mencionados problemas, es decir, el referente a la definición de la persona jurídica.

144. PRINCIPALES ACEPCIONES DEL VOCABLO.—La palabra *persona* posee múltiples acepciones, siendo las más importantes la jurídica y la moral.

"No obstante las investigaciones glosológicas hechas hasta ahora, la palabra es aún bastante obscura, y la más probable es la derivación que de ella hace Aulo Gelio de *personare*. Cierto que entre los latinos el sentido originario de persona fue el de máscara, *larva histrionalis*, que era una careta que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena, con el fin de hacer su voz vibrante y sonora; y poco después la palabra pasó a significar el mismo autor enmascarado, el personaje; así, en el frontispicio de las comedias de Plauto y Terencio se lee la lista de las *Personae*. También en el lenguaje teatral se usaban las expresiones *personam gerere, agere, sustinere*, en el sentido de sostener en el drama las partes de alguno, de representar a alguno. Ahora bien, este lenguaje escénico se introdujo bien pronto en la vida. Y como del autor que en el drama representaba la parte de alguno, también del que en la vida representaba alguna función, se decía: *gerit personam (principis, consulis, etc.)*. Persona quiere decir aquí: *posición, función, cualidad...*"

"Por un ulterior desarrollo lingüístico pasó luego a denotar al hombre, en cuanto reviste aquel *status*, aquella determinada cualidad, y así se habla de *persona consulis*, de *persona sociis*, en vez de *socius*, etc. Pero en estas formas de coligación *persona* va perdiendo gradualmente todo significado, y se reduce a un simple sufijo estilístico, un rudimento sin contenido; así se llega a ver en *persona* la indicación del género, cuyo

genitivo apositivo formaba la especie, y esta indicación genérica no podía ser otra que la de hombre. De este modo *persona* termina por indicar independientemente al individuo humano, y este es el significado que se hace más común y persiste hasta hoy."[2]

Pero referido al hombre, el vocablo posee, como antes indicamos, una significación moral y otra jurídica. Desde el punto de vista ético, persona es el sujeto dotado de voluntad y razón; es decir, un ser capaz de proponerse fines libremente y encontrar medios para realizarlos. No es éste el lugar adecuado para hacer un resumen, siquiera breve, de las principales doctrinas que acerca de la personalidad ética han sido elaboradas, desde los remotos tiempos de la filosofía griega hasta nuestros días; pero como conviene distinguir, relativamente a la palabra persona, sus acepciones moral y jurídica, haremos alusión a la tesis del profesor alemán Nicolai Hartmann sobre la primera de esas acepciones. Persona es, según el citado filósofo, el sujeto cuya conducta es susceptible de realizar valores morales.[3] Como ser sensible al valor, puede percibir la voz del deber, o sea, las exigencias normativas que derivan del mundo ideal. Pero está capacitado, además, para lograr que esas exigencias trasciendan de la esfera de la idealidad al sector de la conducta, convirtiéndose en factores determinantes de su comportamiento. El sujeto humano aparece de este modo como intermediario entre dos distintas regiones de lo existente, la ideal de los valores éticos y el mundo de las realidades. Si es capaz de intuir y realizar aquéllos, tal capacidad se explica por su participación en ambas regiones. Esto quiere decir que no es mera criatura óntica, sujeta indefectiblemente a la legalidad de la naturaleza, sino un ser que puede imprimir un sentido a su actividad o, lo que es igual, proceder axiológicamente.

"Librado a sí mismo, el individuo como entidad psicofísica no obedece sino a su modo de ser espontáneo, a su "naturalidad", a sus conveniencias, a sus gustos e intereses, y a las coerciones externas que los encauzan o reprimen. Si, como tal individuo, se ciñe al hábito, a la costumbre, a determinadas reglas o normas, todo esto se deja reducir sin dificultad a intereses individuales por un camino más o menos largo; permanecemos en el reino de la subjetividad. La persona, en cambio, se vuelca por entero hacia objetividades, porque es el sujeto espiritual, y ya hemos visto que la objetividad es la nota capital del espíritu. La persona se determina por principios, por puros valores. Mediante la actitud personal, el hombre supera su objetividad empírica, el flujo cambiante

---

[2] FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 313.
[3] HARTMANN, *Ethik*, 2 Auflage, pág. 167.

de impulsos y apetencias y necesidades, cuanto pertenece en suma a la esfera vital, y se adscribe a un orden sobreindividual, a un orden que lo trasciende y al que voluntariamente se supedita. De la fijeza y estabilidad de estos valores deriva la visible rigidez y constancia de la persona, contrapuesta a la mudable condición del individuo: así como la inmutable máscara cubría la cambiante expresión del rostro del actor."[4]

La determinación que de los valores emana no es inflexible, como la que reina en la naturaleza. Por sí mismos, aquéllos no pueden trascender al mundo de los hechos. En este sentido, dice Hartmann, son impotentes frente a la realidad. Para que las urgencias ideales que de los mismos derivan lleguen a convertirse en fuerzas modeladoras de lo real, requiérese la intervención de un intermediario, capaz de recoger esas urgencias y transformarlas en móviles de su conducta. Ahora bien: ese intermediario es precisamente el sujeto moral, la persona en sentido ético. Pero el sujeto no se encuentra forzado; los valores no orientan fatalmente su conducta. Este no hallarse forzado, esta libertad ante el valor, es lo que da significación axiológica a los actos que ejecuta. El libre albedrío resulta de esta suerte uno de los atributos esenciales de la personalidad, desde el punto de vista de la ética. El otro estriba en la situación intermedia de que antes hablábamos.

Tratemos ahora de precisar el concepto de persona en la otra de sus acepciones capitales. Por razones de orden aludiremos en primer término a la persona jurídica individual, para tratar más tarde de la colectiva.

145. LA PERSONA FISICA, O PERSONA JURIDICA INDIVIDUAL.—Se da el nombre de *personas físicas* a los hombres, en cuanto sujetos de derecho. De acuerdo con la concepción tradicional, el ser humano, por el simple hecho de serlo, posee personalidad jurídica, si bien bajo ciertas limitaciones impuestas por la ley (edad, uso de razón, sexo masculino para el ejercicio de algunas facultades legales, etc.). Los partidarios de dicha teoría estiman que el individuo, en cuanto tal, debe ser considerado como persona. El principio que acabamos de citar no ha sido siempre reconocido, como lo prueba la institución de la esclavitud. En los sistemas que la aceptan, el esclavo no es sujeto de derecho, sino objeto de relaciones jurídicas especiales, es decir, *cosa.*

Por regla general, los que piensan que el hombre, como tal, es sujeto de obligaciones y facultades, defienden la tesis de Windscheid sobre el derecho subjetivo. Si la esencia de éste es el poder volitivo humano, el sujeto de tal voluntad será, necesariamente, sujeto de derecho. Es claro

[4] FRANCISCO ROMERO, *Filosofía de la Persona*, Buenos Aires, 1938, pág. 13.

que la ley puede establecer excepciones a tal principio, como ocurre, verbigracia, en el caso de las personas colectivas; pero la existencia de tales personas no es, según los mismos autores, *natural* y *necesaria,* sino *artificial.* De este modo llegan a la teoría de la ficción, que discutiremos más adelante.

Por ahora, nuestro problema consiste en determinar si la personalidad jurídica es necesaria consecuencia o, mejor dicho, manifestación necesaria de la calidad de hombre. Kelsen, por ejemplo, lo ha negado. Si bien el hombre es persona —escribe—, no por ello la persona es el hombre. "El hombre, que es un objeto esencialmente distinto del derecho, el hombre de la biología y la psicología, no está, en realidad, en tal relación con el derecho, que pudiese ser objeto de la ciencia jurídica. El objeto de la ciencia jurídica no es el hombre, sino la persona. Y la distinción de hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de dicha ciencia. Sin embargo, a pesar de que en todo momento y lugar se insiste en esta distinción, se está aún lejos de haber extraído de ella todas las consecuencias posibles. Compruébase esto en la distinción entre personas "físicas" y personas "jurídicas", sosteniéndose que las personas físicas son los hombres, y las personas jurídicas todos aquellos sujetos de derecho que no son hombres. . ." [5] "Si el hombre ha de ser objeto del conocimiento jurídico, tiene que diluirse en el derecho. Pero lo que el orden jurídico se apropia, no es todo el hombre, no es el hombre en cuanto tal; es decir, la unidad específica de la biología y la psicología con todas sus funciones; sólo algunas acciones humanas particulares —a varias de las cuales se las designa negativamente como 'omisiones'— son las que hallan entrada en la ley jurídica como condiciones o consecuencias." [6]

El hecho de que todo hombre sea persona no significa que la personalidad jurídica del individuo se confunda con su realidad humana, o derive de su personalidad moral. El sujeto físico es persona en su calidad de intermediario entre la realidad y los valores, o sea, en cuanto puede intuir y realizar éstos, haciendo que trasciendan de la esfera ideal al mundo de los hechos. La personalidad ética tiene como base la realidad del sujeto, pero es algo más que la simple existencia biológica y psicológica del mismo. De manera semejante, su personalidad jurídica no se confunde con dicha existencia, aunque la suponga. El hombre es sujeto de derecho porque su vida y su actividad relaciónanse con los valores jurídicos. La diversidad entre las personalidades ética y

[5] KELSEN, *Teoría General del Estado,* pág. 82 de la traducción castellana.
[6] KELSEN, obra citada, pág. 83.

jurídica refleja la diferencia que separa los valores morales y los del derecho. Cuando obra en su carácter de sujeto de facultades y deberes, realiza una de las funciones que le incumben, pero no la única, ni la más elevada. Y en el ejercicio de tal función no desenvuelve íntegramente su esencia, sino sólo una de las facetas de su ser. Podría decirse que como sujeto de obligaciones y derechos no procede propiamente en calidad de individuo, ni en la de sujeto moral, sino en la de miembro de un grupo, o "animal político". Por esta razón la conducta del hombre, en el aspecto jurídico, es bilateral y se manifiesta unas veces bajo la categoría del derecho subjetivo y otras en forma de obligaciones de índole exigible. "Para el derecho no viene en cuestión la integridad de mi persona humana, sino solamente algunos de sus actos; además, hay que advertir que aquella parte de mi realidad, aquella parte de mi comportamiento de la cual el derecho toma cuenta y razón, no es lo que yo tengo de individuo, no es mi *persona real auténtica,* ni siquiera aspectos de mi conducta en tanto que verdadero individuo, en tanto que persona humana concreta, sino dimensiones genéricas, comunes, mostrencas e intercambiables con otros sujetos. O lo que es igual, expresado de otro modo: ser persona en derecho, o ser persona de derecho, no es lo mismo que ser hombre individual, que ser persona en sentido radical y plenario, es decir, que ser individuo. Ser individuo es ser yo y no otro; es ser una existencia única, intransferible, incanjeable, irreductible a cualquier otra; es la realidad de mi propia vida, perspectiva en el horizonte del mundo distinta de todas las otras perspectivas que son las demás vidas. La persona auténtica, profunda, entrañable, constituye esa instancia única e intransferible de decisión que somos cada uno de nosotros. En cambio, la personalidad jurídica atribuida al individuo se apoya o se funda precisamente en aquellas dimensiones que éste tiene en común con los demás. La dimensión del hombre que en el derecho funciona como persona es la dimensión que éste tiene de común con los demás sujetos jurídicos, por consiguiente, no su radical individualidad. Y asimismo todas las varias concreciones singulares de la personalidad jurídica en los sujetos denotan aspectos o dimensiones genéricas, intercambiables, esto es, funciones o papeles que, en principio, pueden ser desempeñados por cualquier otro. El hombre en la plenitud y radicalidad de su propia vida individual, no viene jamás en cuestión para el derecho: en el derecho funciona como sujeto el ciudadano, el contribuyente, el soldado, el juez, el comprador, el arrendatario, el heredero, el moroso, el delincuente. En principio, puede haber cualquier otro sujeto que se encuentre en la situa-

ción jurídica de comprador, de ciudadano, de funcionario, de acreedor, etcétera, en que mi persona jurídica se concreta. Todas las determinaciones de mi personalidad jurídica son, por así decirlo, funciones o papeles previamente dibujados, siluetas objetivadas y delineadas de antemano, que lo mismo que por mí, pueden ser ocupadas o desempeñadas por cualquier otro en quien concurran las condiciones previstas. En cambio, mi auténtica personalidad, mi vida radicalmente individual, propia y exclusiva, única e intransferible, ésa se halla siempre ausente, fuera de las relaciones jurídicas."[7]

Como ente moral, el hombre obra en relación consigo mismo; como persona jurídica, su conducta hállase referida, en forma de facultades o deberes, a la actividad de los demás. Es cierto que hay casos en los cuales el individuo se encuentra imposibilitado para ser sujeto de deberes, como ocurre tratándose de los incapaces o del ser que aún no ha nacido. Pero si no pueden ser, por sí mismos, sujetos de obligaciones, es incuestionable que pueden tener derechos, y que éstos hallan su explicación y fundamento en los deberes correlativos de otras personas. Además, la circunstancia de que no puedan ejercitar por sí los derechos que poseen, no les quita su carácter de personas, porque sus facultades jurídicas son ejercitadas por sus representantes. Por esto se ha dicho que la posibilidad de ejercicio de un derecho no excluye la de goce. Esta posibilidad, que en el mundo jurídico se realiza mediante la representación, no existe en el ámbito de la moral. En la esfera ética sólo tiene sentido hablar de deberes en relación con seres responsables.

146. TEORIAS ACERCA DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LOS ENTES COLECTIVOS. LA TEORIA DE LA FICCION.—La más difundida de las teorías acerca de las personas colectivas es la de la ficción, cuyo representante más ilustre es el jurista alemán Savigny. Esta tesis puede ser considerada como corolario de la de Windscheid sobre el derecho subjetivo. Partiendo de esta última, llega Savigny a la conclusión de que las llamadas personas morales "son seres creados artificialmente, capaces de tener un patrimonio". El razonamiento de Savigny es el siguiente: persona es todo ente capaz de obligaciones y derechos; derechos sólo pueden tenerlos los entes dotados de voluntad; por tanto, la subjetividad jurídica de las personas colectivas es resultado de una ficción, ya que tales entes carecen de albedrío.

La existencia de las personas jurídicas colectivas no representa la única excepción al principio de que sólo los seres dotados de voluntad

[7] RECASÉNS SICHES, obra citada, pág. 231.

son sujetos de derecho. La institución de la esclavitud, establecida por algunos sistemas jurídicos de otras épocas, es también una derogación o limitación del mismo principio.

El aserto de que las personas colectivas son seres ficticios no significa que carezcan de substrato real. Quiere decir simplemente que dicho substrato no es un sujeto dotado de voluntad y que, a pesar de ello, la ley lo considera como tal, al atribuirle personalidad jurídica.

Advierte Savigny que su teoría refiérese exclusivamente al derecho privado y que la definición por él propuesta encierra, como elemento necesario de la personalidad jurídica, la capacidad de tener un patrimonio. De esta característica infiere que las relaciones familiares son ajenas a las personas colectivas.

Al tratar de las diversas especies de personas jurídicas, dice que algunas tienen existencia natural y necesaria, en tanto que la de otras es artificial y contingente, lo que no excluye, por supuesto, la posibilidad de formas intermedias.

"Si examinamos las personas jurídicas tales como en realidad existen, encontramos diferencias en ellas que influyen sobre su naturaleza jurídica.

"Las unas tienen una existencia natural o necesaria; las otras artificial o contingente: existen naturalmente las ciudades y comunidades anteriores en su mayor parte al Estado, al menos bajo su forma actual, siendo sus elementos constitutivos, y su cualidad como personas jurídicas, innegable. Algunas veces se hallan comunidades constituídas por una voluntad individual, pero a imitación de las anteriores; citaré, como ejemplo, las colonias romanas opuestas al municipio, institución respecto a la cual nada análogo existe en los Estados modernos de Europa. La unidad de las comunidades es geográfica, pues descansa en relaciones de residencia y propiedad territorial.

"Tienen una existencia artificial o contingente todas las fundaciones y asociaciones a las cuales se da el carácter de personas jurídicas, y en verdad que no vivirían sino por la voluntad de uno o muchos individuos. Por lo demás, estas distinciones no son absolutas, y bay personas jurídicas que guardan una condición intermediaria entre ambas especies, participando de su naturaleza; tales son las corporaciones de artesanos y otras semejantes, que a veces se refieren a las comunidades, de las que son como partes constitutivas." [8]

La persona moral posee derechos subjetivos y tiene obligaciones, aun

[8] Savigny, *Sistema del Derecho Privado Romano*, traducción de J. Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1879, tomo II, pág. 63.

cuando no pueda, por sí misma, ejercitar los primeros ni dar cumplimiento a las segundas. La persona jurídica colectiva obra por medio de sus órganos. Los actos de las personas físicas que desempeñan la función orgánica en las personas morales, no valen como actos de las primeras, sino de la persona colectiva. "La persona jurídica, como ente ficticio, se halla completamente fuera del terreno de la imputabilidad; los actos ilícitos sólo pueden ser cometidos por los individuos que forman parte de ella. La voluntad de los miembros de la corporación no puede disponer ilimitadamente de los intereses de ésta, porque debe distinguirse la totalidad de los miembros vivos de una corporación, de la corporación misma, que tiene una existencia independiente del cambio de los miembros." [9] "Si en el concepto fundamental los secuaces de la teoría de la ficción están de acuerdo, se dividen en lo que respecta al substrato de la personalidad. La ley atribuye capacidad artificial a ciertos entes no naturales; pero, ¿qué son estos entes? ¿Qué es lo que la ley personifica?... Savigny, Puchta, Barón, dicen: lo que se considera como sujeto jurídico de los bienes, lo que es fingido como persona, es *el fin para el cual dichos bienes son destinados.* Unger, más idealista, rechaza este sistema que cambia las condiciones de nacimiento de la persona jurídica por la persona jurídica misma. La creación de una persona jurídica, dice, es creación de la nada. La ley hace surgir un sujeto ideal invisible. Roth afirma que la personalidad se encuentra en aquel caso ligada a un concepto. La doctrina se armoniza en una opinión intermedia. En la corporación, se dice, el substrato es una *universitas personarum,* entendiendo por tal: unas veces la suma de los miembros actuales, otras la totalidad de los miembros presentes y futuros, otras, la unidad ideal de la totalidad; en las fundaciones, el substrato es una *universitas bonorum,* esto es, un patrimonio." [10]

147. CRITICA DE LA TEORIA DE LA FICCION.—A continuación ofrecemos un resumen de las principales objeciones formuladas por Ferrara contra la doctrina de Savigny:

1. La teoría de la ficción, como corolario de una falsa concepción del derecho subjetivo es, necesariamente, falsa también. Los argumentos anteriormente esgrimidos contra la doctrina de Windscheid, valen contra la teoría ficcionalista. No es verdad que la capacidad jurídica se encuentre determinada por la facultad de querer. Los infantes y los idiotas carecen de ella y son, sin embargo, sujetos de derecho.

---

[9] FERRARA, obra citada, pág. 125.
[10] FERRARA, obra citada, pág. 127.

La circunstancia de que las corporaciones no tengan voluntad propia, no puede invocarse contra su existencia como sujetos jurídicos.

2. Además, si fuese cierto que la esencia del derecho subjetivo y de la personalidad jurídica es la facultad de proponerse fines y realizarlos o, en otros términos, la voluntad, habría que llegar a la conclusión de que, en los entes colectivos, los órganos deben ser considerados como sujetos de los derechos y obligaciones de la corporación, ya que dichos órganos son seres volentes y obran en representación de aquélla.

3. La tercera objeción, formulada por los defensores de la tesis realista, es que las personas colectivas no son entes ficticios, sino poderosas individualidades sociales, que realizan en la vida un papel importantísimo. "La teoría de la ficción no nos dice cuál es la esencia de aquellos seres: se aleja de la experiencia y desconoce las realidades."

4. Otro de los argumentos refiérese a la limitación establecida por Savigny cuando define las personas jurídicas como seres creados artificialmente por el legislador, para las relaciones patrimoniales. Dicha limitación no se justifica, porque los entes colectivos poseen múltiples derechos extrapatrimoniales o no patrimoniales, como, por ejemplo los honoríficos.

5. Por otra parte, si las personas jurídicas son seres ficticios creados por la ley, ¿cómo explicar la existencia del Estado? Porque el Estado es también una persona jurídica colectiva. Ahora bien: si éste es el creador de todas las ficciones llamadas personas jurídicas, ¿quién es el creador de la ficción estatal? Si el Estado es persona jurídica, su esencia no podrá diferir de las de los demás sujetos de derecho y, si éstos son seres ficticios, aquél será asimismo una ficción. Mas, ¿cómo puede una ficción ser creadora de otras ficciones?...

Savigny trató de salvar este escollo diciendo que las personas colectivas tienen a veces *existencia legal* y *voluntaria*, y otras, *natural* y *necesaria*, como ocurre en el caso del Estado. Pero tal concesión echa por tierra la doctrina que discutimos, y demuestra su falsedad de manera palmaria.

6. "Por último, esta teoría nos ofrece un cuadro deficiente de los medios de extinción de las personas jurídicas, porque todo lo reduce a la destrucción por obra del legislador, y también aquí hace dominar el arbitrio, ya que no pone ninguna condición ética para la supresión de las personas jurídicas. Y esto puede presentar peligros para la li-

bertad de asociación. En tiempo de la revolución francesa, en efecto, se trató de suprimir las asociaciones religiosas y de confiscar sus bienes, y la teoría de la ficción fue el pretexto jurídico para justificar lo que se hizo. Touret decía a los constituyentes: "No hay que confundir a los individuos con las corporaciones. Los primeros existen antes de la ley y tienen sus derechos por la naturaleza, mientras que las segundas no existen más que por la ley y de ésta traen sus derechos; ella puede modificarlos, destruirlos como le plazca; he aquí por qué la destrucción de una corporación no es un homicidio, y el acto por el que la Asamblea Nacional niega el pretendido derecho de propiedad que los eclesiásticos se atribuyen no es una expoliación." [11]

148. TEORIA DE LOS DERECHOS SIN SUJETO.—El representante más conspicuo de esta doctrina es el pandectista Brinz. Parte el mencionado autor de la división de los patrimonios en dos categorías: de persona e impersonales, llamados también patrimonios afectos a un fin, o *de destino.* Los del primer grupo pertenecen a un sujeto. Los del segundo carecen de dueño, pero encuéntranse adscritos al logro de una finalidad determinada y gozan de garantías jurídicas especiales. La circunstancia de que éstos no pertenezcan a una persona, no significa que no tengan derechos. Los derechos existen, pero no *son de alguien,* sino *de algo* (es decir, del patrimonio). La distinción que acabamos de esbozar explica claramente, según Brinz, la esencia de las personas colectivas. No hay en ellas un sujeto, sino un conjunto de bienes, destinados a un fin. "Brinz deduce esta afirmación de un doble razonamiento: 1.—De la inadmisibilidad de la doctrina dominante, y aquí ciertamente lleva la ventaja, pues observa cómo por la idea de un sujeto fingido sólo se obtiene una pertenencia fingida, y que a un sujeto fingido nada en realidad puede pertenecer, puesto que no puede atribuirse personalidad a simples figuras de la fantasía; 2.—De las fuentes del derecho romano, en las cuales falta la distinción moderna entre personas naturales y jurídicas, mientras que ésta se encuentra en la *divisio rerum,* en la cual se distinguen las *res alicuius* de las *res nullius,* y estas últimas, si bien no pertenecen a ninguno, están, sin embargo, bajo la protección del derecho. Tal argumento histórico no tiene valor, porque si bien es verdad que en el derecho romano los bienes del Estado y de los demás entes públicos fueron considerados, según la antigua concepción, como *nullius in bonis,* no pertenecientes a nadie *in proprieta,* esto dependía de la concepción romana del *ius publicum* y *privatum,* para

[11] FERRARA, obra citada, pág. 140.

la cual el Estado, que vivía en la esfera pública, estaba fuera y por encima del derecho privado. El derecho privado era esencialmente un derecho de los particulares; por consiguiente, si también el derecho romano conoció un patrimonio de destino, ello era en relación y conexión con el derecho público; pero el concepto permaneció extraño al derecho privado. Por lo demás, esta concepción antiquísima fue superada por el desarrollo sucesivo del derecho romano." [12]

La distinción entre patrimonios personales y de destino es aceptada por Bekker,[13] quien introduce los términos patrimonio *dependiente* y patrimonio *independiente*. La primera denominación refiérese a los destinados a un fin concreto, que pertenecen a una persona y forman parte de su patrimonio general, sin perder su autonomía; corresponde la segunda a los de destino que carecen de sujeto.

Los derechos y obligaciones de las personas colectivas no son, de acuerdo con la tesis de Brinz, obligaciones y derechos de un sujeto, sino del patrimonio; y los actos realizados por los órganos no valen como actos de una persona jurídica, sino como actos que los órganos ejecutan en representación del fin a que el patrimonio se encuentra consagrado. Si éste desaparece, y el fin a que sirve es de índole privada, el ente se extingue; pero si la finalidad es de carácter público, la extinción del patrimonio no produce, necesariamente, la muerte del ente.

149. CRITICA DE LA TESIS DE BRINZ.—1. El primer argumento que debe esgrimirse contra la doctrina del patrimonio de destino, es que no pueden existir derechos sin sujeto. Todo derecho es, *a fortiori*, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción de deber encuéntrase ligada inseparablemente al concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de substancia y atributo.

Es cierta la afirmación de Windscheid de que los derechos pueden transmitirse, es decir, pasar, sin alteración, de un sujeto a otro. Pero esto no quiere decir que la noción de derecho subjetivo sea separable de la de persona. "El derecho —dice Windscheid— permanece, sólo la persona cambia; por consiguiente, la persona es accidental, el derecho substancial. El derecho es un poder de voluntad, no de una *determinada persona,* sino de un *determinado género.* Si, pues, al derecho no le es esencial un *determinado sujeto,* no le será tampoco en general esen-

[12] FERRARA, obra citada, pág. 143.
[13] FERRARA, obra citada, pág. 145.

cial *algún sujeto*. Pero en esta última consecuencia es donde anida el sofisma. De no ser esencial un determinado sujeto, no se puede deducir que no sea esencial, *en absoluto*, el sujeto: de la indiferencia de la individualidad del ente, la superfluidad del ente mismo. Sería, como dice Unger, querer argumentar que como es indiferente cuál sea el actor que desempeña una parte secundaria de un drama, de aquí se siga que no hace falta ningún actor. Y Bohlau dice en forma asaz viva: la boca broncínea de la artillería habla palabras de muerte, ya sean Hinz o Kuntz los cañoneros. Pero, ¿quién vio jamás disparar un cañón sin que un artillero disparase?. . ." [14]

Bonelli, otro de los defensores de la teoría del patrimonio de afectación, trató de esquivar el escollo diciendo que aun cuando es verdad que no puede haber derechos sin sujeto, también es cierto que sí hay patrimonios que no pertenecen a una persona, y se encuentran destinados al logro de determinado fin. Pero el argumento carece de valor, porque si el patrimonio es un complejo de derechos y deberes, y éstos son, necesariamente, deberes y derechos personales, tampoco es concebible un patrimonio sin dueño.

2. Por otra parte, la distinción establecida por Brinz entre patrimonios de persona y de afectación, o destinados a un fin, es enteramente artificial, y no constituye una oposición verdadera. En primer lugar, debemos advertir que los patrimonios personales son también destinados a la consecución de múltiples finalidades, lo mismo que los llamados de destino. En todo caso, lo correcto sería dividirlos en *patrimonios adscritos a un fin especial y patrimonios que no tienen una finalidad determinada*. En segundo término, la circunstancia de que ciertos patrimonios se encuentren destinados a fines específicos, no significa que sean sujetos de derecho. La historia revela la existencia de numerosas instituciones de índole jurídica en las que un patrimonio personal se halla destinado a un cierto fin, dentro del patrimonio general de la persona. Es decir, se trata de patrimonios que tienen autonomía y forman parte del patrimonio general del sujeto. Son patrimonios de afectación y, sin embargo, no podemos considerarlos como sujetos jurídicos. Ferrara cita los ejemplos siguientes, tomados de sistemas de épocas diversas:

"*El peculio en el derecho romano*. Era éste un complejo patrimonial cerrado en sí y autónomo, con administración separada, capaz de deudas propias, destinado al servicio y al goce del hijo o del esclavo, y que

---

14 FERRARA, obra citada, pág. 147.

también *jurídicamente* pertenecía siempre al *pater familias*. Aquí, pues, tenemos un patrimonio destinado a un fin especial, cuyo destino es reconocido por el derecho positivo, que goza de autonomía y que también es un patrimonio de persona.

"Lo mismo se puede decir del *fideicomiso de familia* en el derecho común. También éste era un patrimonio destinado a mantener el lustre de una familia, que no podía enajenarse, sino que debía transmitirse según un cierto orden de sucesión, y que entraba en la propiedad de cada fideicomisario, propiedad limitada por un derecho real de expectativa de los futuros llamados. Ahora bien, en este caso nos encontramos en presencia de un patrimonio perfectamente distinto y autónomo que está dentro del patrimonio de una persona y pertenece a ésta. Un fenómeno análogo encontramos en aquellos sistemas que reconocen la separación del *patrimonio comercial* del comerciante y de su *patrimonio privado*.[15] Aquí vemos que una misma persona tiene dos masas patrimoniales distintas, una destinada a los servicios propios y de la familia, otra dedicada al ejercicio del comercio, y cada una de estas esferas tiene su propia autonomía y gestión, de modo que los acreedores personales del comerciante no pueden embargar los bienes dedicados al comercio, y viceversa.

"Más visible se encuentra este efecto en la distinción, mantenida en derecho marítimo, entre *fortuna de tierra* y *fortuna flotante* del armador. La nave en el mar, si bien forma parte del patrimonio del armador, puede, sin embargo, considerarse en cierto modo como un bien separado, del cual surgen y en el cual se localizan las obligaciones y responsabilidades contraídas por razón de aquélla, de modo que el armador puede liberarse, abandonándola.[16] Aquí se trata ciertamente de una limitación de responsabilidad del armador, pero limitación que se funda en una cierta separación jurídica de la nave del resto del patrimonio del armador, tanto que alguno ha sostenido incluso que la nave es persona jurídica.

"Pero sin andar espigando en otros campos, quiero sacar de nuestro derecho civil un ejemplo típico. Tal es el *patrimonio hereditario en manos del heredero beneficiado*. Sabido es que la aceptación con beneficio de inventario produce el efecto de impedir la confusión de los patrimonios, de modo que el heredero beneficiado, además de ser titular de su patrimonio privado, es también titular del patrimonio de la herencia beneficiada; pero este último patrimonio forma una masa distinta

[15] FERRARA, obra citada, pág. 153.
[16] FERRARA, obra citada, pág. 154.

que se administra separadamente, y en la que se localizan y pueden satisfacerse las pretensiones de los acreedores hereditarios y legatarios, incluso el mismo heredero beneficiado, y que está destinado ante todo a su satisfacción. Que el patrimonio hereditario pertenece al heredero beneficiado, resulta entre otras cosas no sólo de que liquidado el pasivo se va a confundir con su patrimonio privado, sino de la facultad de abandono y de la decadencia del beneficio de inventario en caso de ciertas violaciones." [17]

3. Otra de las objeciones esgrimidas contra la tesis de Brinz, es que hay personas jurídicas que carecen de patrimonio, sin dejar por ello de ser sujetos de derecho; por ejemplo: un comité destinado a recoger donativos para alguna obra de caridad. A esta objeción contesta Brinz diciendo que en tales casos lo que ocurre es que el fin no se encuentra dotado. Es decir, hay un fin por realizar, pero no un patrimonio destinado a tal efecto.

El valor de este argumento depende del concepto que se adopte acerca del patrimonio. Si el término se entiende en sentido económico, como designación de un conjunto de bienes susceptibles de estimación pecuniaria, sí es posible admitir la existencia de una persona sin patrimonio; pero si se toma en su acepción jurídica, como conjunto de los deberes y derechos de un sujeto, la objeción pierde toda su fuerza.

4. Se ha dicho, por último, que la teoría del patrimonio de destino no logra explicar la personalidad jurídica del Estado, ya que éste no puede definirse como patrimonio de afectación. "¿Cómo se puede decir —argumenta Ferrara— que el Estado es sólo una masa de bienes, y una masa de bienes *nullius?* Y todos los derechos de soberanía que tiene el Estado, como el derecho de crear impuestos, el derecho de juzgar, el de castigar, etc., ¿entran en el patrimonio? Precisamente esta concepción unilateral y restringida de la persona jurídica es la que ha podido fecundar esta teoría del patrimonio destinado a un fin, porque cree que entre derecho privado y derecho público hay barreras insuperables, de modo que el jurista en un campo no sabe ni debe preocuparse de lo que piensa o dice el jurista en el otro campo. Como si el concepto del derecho fuese esencialmente privado y en los derechos públicos se pudiese prescindir del sujeto." [18]

17 Ver artículo 1678 del *Código Civil del Distrito Federal.*

18 FERRARA, obra citada, pág. 157.

150. TEORIAS REALISTAS.—Se da este nombre a las diversas doctrinas que, oponiéndose a las dos anteriormente discutidas, declaran que las personas jurídicas, tanto privadas como públicas, son realidades. Los partidarios de tales doctrinas afirman que el concepto de sujeto de derecho no coincide con el de hombre, ni se halla referido exclusivamente a los seres dotados de voluntad. De aquí que puedan existir y de hecho existan múltiples sujetos de derecho diversos de las llamadas personas físicas.

Las teorías realistas son muy numerosas. Como ejemplos podemos citar el organicismo, en sus distintas manifestaciones; la teoría del alma colectiva; la tesis del organismo social, y las varias doctrinas que atienden esencialmente al aspecto jurídico del problema, como las de Ferrara y Kelsen.

De acuerdo con la tesis organicista, los entes colectivos son verdaderos organismos comparables al humano individual. La definición de Claude Bernard, según la cual organismo es "un todo viviente formado de partes vivientes", puede aplicarse, dicen los defensores de la citada posición, tanto al hombre aislado como a las personas colectivas. Desarrollando esta idea, establecen un curioso paralelismo entre individuo y sociedad, y descubren en las colectividades numerosas analogías con los organismos individuales, llegando a afirmaciones tan grotescas como la de que el Primer Ministro es la nariz del Estado.[19] Entre los partidarios de tal postura podemos mencionar a Lilienfeld y Schaeffle.

Siguiendo un procedimiento semejante, diversos sociólogos han sostenido que en cada sociedad existe un alma o espíritu colectivo distinto de las almas individuales de los miembros del grupo. Por esta razón, no ven dificultad ninguna en que al lado de las personas físicas se admita la existencia de personas colectivas, tan reales como las primeras.

Entre las teorías de tipo realista la más famosa es incuestionablemente la de Otto Gierke, conocida con el nombre de teoría del organismo social. De acuerdo con este autor, "la persona colectiva no se contrapone a los miembros como un tercero, sino que está en ligazón orgánica con ellos; de aquí la posibilidad de una conexión de los derechos de la unidad y la pluralidad. La persona corporativa está ciertamente sobre, pero no fuera de la colectividad de las personas que forman su cuerpo; constituye una inmanente unidad con él; es un ente único, pero simultáneamente colectivo. Esta asociación tiene una voluntad general propia, que no es la simple suma de varias voluntades autónomas, como no es la voluntad de una unidad ideal separada de los

19 FERRARA, obra citada, pág. 172.

particulares, sino una voluntad plural y única, voluntad común de todos ordenadamente declarada. La corporación tiene también una capacidad de obrar propia. Una acción colectiva existe allí donde la generalidad de los miembros como un ente concreto y visible traduce en acto la voluntad general. Esta generalidad no es ni el órgano colegiado de una diversa unidad corporativa ni una simple suma de individuos; es más bien la corporación misma, que en su totalidad toma forma de una pluralidad recogida en unidad".[20]

Las personas colectivas tienen capacidad volitiva, lo mismo que las físicas. Precisamente porque pueden ser portadoras de una voluntad unitaria el derecho objetivo las considera como sujetos de obligaciones y facultades. Así, pues, subsiste aquí la idea de que la voluntad constituye el núcleo de la personalidad jurídica. Es cierto que las personas colectivas quieren y actúan por medio de sus órganos; pero lo propio ocurre en el caso de las físicas, ya que éstas sólo pueden manifestar su actividad a través de los suyos. No se trata de una simple relación de representación, porque la persona colectiva expresa su voluntad valiéndose de órganos que le son propios. Y la voluntad expresada no es del órgano, sino de la persona colectiva.

Postulada la tesis de que el ente colectivo tiene voluntad, no hay dificultad ninguna en admitir que puede ejecutar actos ilícitos, de los que debe responder. El paralelismo entre personas individuales y colectivas es constante en la teoría que analizamos. Así como la persona física se extingue por la muerte del organismo natural, extínguese la colectiva por la destrucción o desaparición del organismo social.

Las instituciones y las fundaciones son también, en concepto de Gierke, entes reales dotados de subjetividad jurídica. En ellas encontramos una voluntad independiente de las individuales: la del fundador, que se perpetúa en la institución y debe ser realizada por una colectividad de individuos. Esta última es el cuerpo de la institución; su alma es la voluntad del fundador.

151. TESIS DE FRANCISCO FERRARA.—La palabra *persona* posee, según el maestro italiano, tres acepciones principales, a saber: 1º—biológica = hombre; 2º—filosófica, es decir, persona como ser racional capaz de proponerse fines y realizarlos; 3º—jurídica = sujeto de [illegible]gaciones y derechos. Estos tres sentidos del vocablo deben ser cuidadosamente distinguidos, si se quiere obtener una clara visión acerca del problema y evitar lamentables confusiones. En la tercera acepción —di-

[20] FERRARA, obra citada, pág. 186.

ce Ferrara— la personalidad es un producto del orden jurídico, que surge gracias al reconocimiento del derecho objetivo. La llamada persona individual no es persona por naturaleza, sino por obra de la ley. Fuera de una organización estatal, el individuo humano no es sujeto de derecho. Y aun en ciertos sistemas jurídicos de épocas pretéritas, ha habido hombres sin personalidad jurídica, como los esclavos. "Y no es esto sólo: la personalidad podía también perderse por una condena penal (muerte civil) o por la adopción del estado religioso (vida claustral). Y también en los individuos capaces, la personalidad se manifiesta como una cantidad variable, que podía ser concedida en más o menos larga medida. Históricamente no han sido iguales, desde el punto de vista jurídico, hombres y mujeres, cristianos y hebreos, nobles y vasallos, y aun hoy existe una diferencia entre nacionales y extranjeros. Es más, a través de los siglos se han registrado luchas sangrientas para conseguir la igualdad en la personalidad que hoy nos parece a nosotros un supuesto natural. En la atribución de la capacidad jurídica es árbitro el orden jurídico: y así como la concede al hombre desarrollado orgánica y psíquicamente, la concede también al niño y también en ciertos respectos al embrión, y más allá aun a la mera esperanza de hombre, al que ha de nacer." [21]

Nada impide admitir que las asociaciones humanas sean consideradas como sujetos de derecho, ya se trate de colectividades puramente naturales, ya de sociedades establecidas voluntariamente para el logro de tales o cuales fines. Estas agrupaciones de individuos son, incuestionablemente, realidades, y pueden tener derechos y obligaciones distintos de las obligaciones y derechos de sus miembros; pero ello no significa que posean una realidad substante o independiente, un alma colectiva diversa de las de los individuos que a ellas pertenecen. Aquí ha influído un falso paralelismo entre personas físicas y jurídicas. Así como "el sujeto de derecho es el hombre, así se ha querido encontrar para la otra categoría de sujetos un superhombre, una individualidad colectiva, orgánica, dinámica, funcional, que pudiese servir de sustrato a la personalidad. Otros escritores más recientes, aun abandonando estas exageraciones, pero insistiendo en el mismo vicio lógico, se han esforzado por sostener una cierta unidad envanescente del grupo, sin considerar que se trata de unidad de nuestro pensamiento, no de la substancia del agregado humano. La organización o la heterogeneidad del grupo, la permanencia o transitoriedad del mismo, la diversidad del fin, es insuficiente para dividir a las colectividades en las que se resuelven en sumas de miembros, y las que se

21 FERRARA, obra citada, pág. 331.

presentan como individualidades existentes por sí mismas; desde el punto de vista conceptual se muestran todas como un ente unitario, tanto un círculo de lectura como un comité electoral, una asociación de beneficencia o el público de un teatro. Por este camino no se llega a ninguna parte. Las colectividades, ya sean histórico-naturales o voluntarias, no son otra cosa que la pluralidad de hombres que se renuevan en el tiempo y que persiguen un fin común, o un fin supremo de defensa y solidaridad humana, o un objeto particular de los coasociados. El interés no es distinto del de los miembros, sino que es el interés común de todos, el punto de coincidencia de los intereses de los asociados. La voluntad trascendente de un ente colectivo es la voluntad común de los miembros, el resultado sintético del querer de varios. Pero junto a las colectividades tenemos formas de instituciones sociales. Una persona o un ente ordena la consecución de un cierto fin, para el cual suministra los medios patrimoniales necesarios, y establece que ciertos individuos, nombrados según ciertos criterios, deben conjunta o sucesivamente obrar para su realización. Así se provoca una combinación artificial de hombres que ponen a contribución su actividad para la consecución de aquel intento y gobiernan los bienes a tal fin asignados. Se constituye una *administración para un fin*. Esto lo hallamos en todas las instituciones y en todas las fundaciones. Desde las grandes instituciones públicas, en las que vemos combinados en complejo mecanismo un número grandísimo de personas con diversas cualidades y competencias, conspirando todas armónicamente al resultado final, a las simples fundaciones privadas, en que la realización del intento es confiada temporalmente a una sola persona, encontramos siempre una organización humana".[22]

152. ELEMENTOS DE LAS PERSONAS JURIDICAS COLECTIVAS, DE ACUERDO CON LA TESIS DE FRANCISCO FERRARA.—Las personas jurídicas pueden definirse como "asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho". La definición precedente revela que son tres los elementos de aquéllas, a saber:

1º *Una asociación de hombres.*—En toda persona jurídica colectiva existe una asociación más o menos numerosa de individuos, que tienden a la consecución de un fin. Los miembros de la colectividad pueden ser en número determinado o indeterminado; es decir, algunas veces existe una limitación numérica y otras la persona tiene un número inde-

[22] FERRARA, obra citada, pág. 339.

finido y variable de socios. Cuando se afirma que el primer elemento es una asociación de hombres, este último término empléase en un sentido amplio, que comprende no sólo las corporaciones de índole voluntaria, sino también las que surgen naturalmente, en virtud de los vínculos de sangre y las diversas condiciones de la existencia social.

La forma más sencilla de asociación es la que determinadas personas forman voluntariamente para la realización de un fin, o sea, la de tipo contractual (sociedades mercantiles, de beneficencia, deportivas, etcétera). En ocasiones, las personas jurídicas voluntarias están integradas exclusivamente por individuos que pertenecen a una sola clase o profesión, como ocurre con las sociedades religiosas o las formadas por trabajadores o empleados. Algunas veces, la pertenencia a las de este tipo no es voluntaria, sino obligatoria. Es decir, la ley considera que forman parte de la corporación todas las personas que se encuentren en determinadas circunstancias y pertenezcan a tal o cual grupo social. (Ejemplo: sindicatos obligatorios, Colegios de Abogados, etc.). Hay que mencionar, por último, las corporaciones de tipo territorial, en las cuales la pertenencia se determina en función del territorio, como en el caso de los Municipios o de los Estados.

El substrato de las fundaciones consiste en la obra que deben realizar, a través de la actividad de una serie de individuos y del empleo de ciertos bienes al servicio de la finalidad perseguida. El fin de la fundación es señalado por el instituyente o fundador, quien, por regla general, predetermina la organización de aquélla y destina ciertos bienes al logro de dicho fin. Estos elementos no siempre existen desde un principio, ya que es posible que la administración de la fundación sea realizada por el Estado, y que los bienes se adquieran con posterioridad al acto de constitución.

2º El segundo elemento esencial a las personas jurídicas es el fin a cuyo logro se encuentran destinadas. La existencia de una finalidad hace posible, tratándose sobre todo de corporaciones voluntarias, concebirlas unitariamente, como individualidades sociales o personas colectivas. De acuerdo con la índole del fin, pueden las corporaciones ser clasificadas en *personas jurídicas de interés privado* y de *utilidad pública*. Los fines de las personas colectivas clasifícanse también en *generales* y *especiales*. Tienen una finalidad general (bienestar común) las corporaciones naturales y territoriales, como, por ejemplo, el municipio, la provincia o el Estado. Las demás persiguen fines especiales, más o menos definidos. Los fines singulares deben subdividirse en

fines típicos fijados por la ley y finalidades no establecidas por ella. Entre las corporaciones que persiguen fines fijados por la ley, cita Ferrara como ejemplos las sociedades obreras de socorros mutuos, las Cajas de Ahorro, los Montes de Piedad, etc.

Las personas jurídicas pueden perseguir uno o varios fines, y lo último ocurre con las de carácter mixto, que tratan de realizar finalidades de diversa índole, como de instrucción y caridad, de beneficencia y de crédito, religiosas y educativas, etc.

Los fines de las corporaciones deben reunir tres requisitos: *determinación, posibilidad* y *licitud.* "Una absoluta vaguedad de fines no sería compatible con el surgir de una institución, que en su fin encuentra su individualidad, quedando en la incertidumbre su campo de acción, y dejando sin freno la potestad de los que la representan y administran. Del mismo modo el fin no debe ser objetiva y permanentemente imposible, por razones naturales o jurídicas, porque en tal caso la asociación vería, desde su origen, interdicta su actividad. Por último, debe exigirse la licitud del fin, esto es, el objeto que se proponen las asociaciones no debe ir contra la ley, la moral social y el orden público". [23]

3º Las asociaciones e instituciones en que concurren los dos elementos que acabamos de examinar ¿tienen la aptitud para convertirse en personas de derecho? Lo que hace que lleguen a ser tales es un tercer elemento, a saber: su *reconocimiento* por el derecho objetivo. Gracias al reconocimiento, las pluralidades de individuos consagrados a la consecución de un fin, se transforman en un sujeto único, diverso de las personas físicas que las integran. De modo análogo, las instituciones que en un principio eran tan sólo propiedades del fundador, destinadas a una finalidad específica, conviértense en sujetos ideales, que deben realizar permanentemente el fin de que se trate. "La personalidad únicamente puede emanar del orden jurídico. Por tanto, es inexacto el pensamiento de los que consideran la capacidad de las corporaciones o fundaciones como un efecto de la voluntad de los socios o del fundador, porque la voluntad humana no tiene el poder de producir sujetos de derecho". [24]

Esta voluntad —dice Ferrara— sólo puede formar el elemento material o *substrato* de las corporaciones y fundaciones: el *formal* y *constitutivo* es obra del derecho. Pero la *constitución* de los entes co-

---

[23] FERRARA, obra citada, pág. 372.
[24] FERRARA, obra citada, pág. 375.

lectivos no supone siempre un acto especial, sino que puede ocurrir de manera general, al realizarse ciertos supuestos prefijados en la ley.

Largamente se ha discutido el valor y alcance del tercero de los mencionados elementos. Ferrara divide en tres grupos las teorías al respecto. Según algunos autores (Savigny entre ellos), el reconocimiento tiene *valor certificativo.* "El reconocimiento valdría para la seguridad del comercio en interés de los terceros, que verían en el acto político un testimonio de nacimiento del nuevo ente". [25]

Un segundo grupo de autores atribuye al reconocimiento una significación puramente *declarativa.* Esta es la opinión sostenida por Beseler, Gierke y casi todos los realistas. Al reconocer el Estado las corporaciones y fundaciones —dice Gierke— no hace otra cosa que declarar su existencia, asignándoles el puesto que les estaba reservado en el orden jurídico. Las personas colectivas no nacen en virtud del reconocimiento, porque éste no es sino acto de aplicación de un principio general, a saber, el de que todo ente capaz de tener obligaciones y derechos es persona jurídica.

Entre las teorías extremas de Savigny y Gierke encontramos una posición intermedia. Es la adoptada por Karlowa, para quien el reconocimiento tiene carácter *confirmativo.* De acuerdo con esta teoría, cuando el derecho reconoce a una persona no hace sino confirmar la existencia de una realidad jurídica anterior, por lo cual, efectuada la confirmación, los actos ejecutados antes de ésta por el ente colectivo resultan convalidados.

Oponiéndose a tales doctrinas, afirma Ferrara que el valor del reconocimiento es *constitutivo.* Ello no significa —añade— que el Estado sea el creador del substrato de las personas colectivas; las organizaciones humanas pueden nacer y vivir independientemente de aquel acto, pero no son todavía sujetos de derecho. Son pluralidades que sólo adquieren unidad jurídica al ser reconocidas. "La elevación a sujeto de derecho no es comprobación de lo que ya existe, no es perfeccionamiento o confirmación de lo que está en vías de formarse, sino creación y atribución de una cualidad jurídica que deriva del derecho objetivo y tiene el carácter técnico de una concesión administrativa. El Estado obra como órgano del derecho concediendo la personalidad, y obra constitutivamente." [26]

153. CRITICA DE LA TESIS DE FRANCISCO FERRARA.—Decir que el reconocimiento es acto constitutivo de la personalidad jurídica, equi-

---

[25] FERRARA, obra citada, pág. 379.
[26] FERRARA, obra citada, pág. 384.

vale, en el fondo, a sostener una opinión esencialmente igual a la defendida por Savigny y sus adeptos. Es cierto que Ferrara habla de reconocimiento de la personalidad por el derecho objetivo, y no, simplemente, por el Estado; mas como no precisa lo que entiende por derecho objetivo, y en toda su obra transparece una concepción positivista de este último, la distinción que señalamos pierde su importancia y, en realidad, acaba por esfumarse. Por otra parte, si se afirma que el reconocimiento tiene eficacia constitutiva, el empleo del término resulta inadecuado. Pues se *reconoce* lo ya conocido, lo preexistente: se *constituye* o crea lo que no existía.

Además, si se declara que el Estado es el creador de la personalidad jurídica, aun cuando no cree el substrato real de ésta, el nacimiento de las personas de derecho quedará por completo al arbitrio del legislador. De este modo, la tesis de Ferrara conduce a un resultado que el jurista italiano combate expresamente, cuando dice que la voluntad humana no tiene el poder de crear personas jurídicas.

No hay que olvidar, sin embargo, los méritos de la doctrina. Pues la personalidad jurídica, como su denominación lo indica, es siempre creación del derecho. Esto significa simplemente que las personas jurídicas no pueden ser creadas por el mero arbitrio del hombre. Pues la aptitud de ser sujeto de derechos y deberes deriva de un conjunto de elementos intrínsecos que, por lo demás, Ferrara señala con admirable claridad. Pero esos elementos pierden toda su importancia si se declara que no bastan para la existencia de la personalidad jurídica, y que su reconocimiento queda al arbitrio del legislador. Desde este punto de vista habría que admitir, para proceder congruentemente, que la ley puede negar personalidad jurídica a los hombres, y que el "reconocimiento" de éstos como personas es *constitutivo* de tal personalidad.

CAPITULO XXI

SANCION Y COACCION

SUMARIO

154. LA SANCION COMO CONSECUENCIA DE DERECHO.—Por regla general, las normas jurídicas enlazan determinadas consecuencias al incumplimiento de los deberes que el derecho objetivo impone. Entre las derivadas de la inobservancia de un precepto jurídico cualquiera, una de las más características es la sanción. Por ello dijimos que en rigor no constituye un concepto jurídico fundamental, sino una forma sui géneris de manifestación de las consecuencias de derecho.[1] De acuerdo con nuestra tesis, las nociones jurídicas fundamentales quedarían reducidas a tres: hecho jurídico, consecuencias de derecho y sujeto o persona.

La sanción puede ser definida como *consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado.* Como toda consecuencia de derecho, la sanción encuéntrase condicionada por la realización de un supuesto. Tal supuesto tiene carácter *secundario,* ya que consiste en la inobservancia de un deber establecido por una norma a cargo del sujeto sancionado. La obligación cuyo incumplimiento representa el supuesto jurídico de la sanción, deriva a su vez de otro supuesto, al que lógicamente corresponde el calificativo de *primario.* Si las obligaciones que éste condiciona son cumplidas, el secundario no se realiza y, consecuentemente, la sanción no puede imponerse. Así como hablamos de supuestos primarios y secundarios, podemos hablar también de deberes jurídicos primarios y secundarios. El deber cuya inobservancia determina la existencia de la obligación oficial de

[1] Ver sección 88.

sancionar, tiene, naturalmente, carácter primario. La sanción es, en cambio, consecuencia secundaria.

A la norma que establece la sanción suele llamársele *sancionadora*. Esta última es secundaria, relativamente a la sancionada.[2] La relación entre ambas queda claramente resumida en la fórmula: Si A es, debe ser B; si B no es, debe ser C. La omisión de la conducta ordenada por el primer precepto constituye el supuesto jurídico del segundo.

La sanción no es la única consecuencia que puede derivar del incumplimiento de las normas del derecho. Hay numerosas consecuencias secundarias que no tienen el carácter de sanciones. Mencionaremos solamente algunos casos.

a) En primer lugar, el deber, impuesto a ciertos órganos estatales, de aplicar las sanciones señaladas en los preceptos jurídicos. En los estadios primitivos del desarrollo del derecho, cada titular de facultades jurídicas debía velar por la conservación de éstas, y se consideraba autorizado para usar la fuerza física en defensa de las mismas.[3] Dentro de un régimen primitivo, como el de la venganza privada, la imposición de las sanciones incumbe al titular del derecho violado, o al grupo, *sippe* o clan de que el propio titular forma parte.[4] Pero cuando la autodefensa es proscrita y el poder público asume el ejercicio de la función jurisdiccional, la imposición de las sanciones se encomienda a órganos *ad hoc* y constituye, a partir de entonces, una de las finalidades más importantes de dicha función.

Ahora bien: el deber de sancionar al infractor de un precepto jurídico, tiene como supuesto el hecho violatorio, pero no es sanción.

La imposición de sanciones por el poder público supone necesariamente la aplicación de las normas sancionadoras a casos concretos. Si el

---

[2] Ver sección 47.

[3] Ver sección 121.

[4] Refiriéndose al caso concreto del contrato de préstamo, en ese estadio primitivo de la evolución jurídica, dice MAX WEBER lo siguiente: "Originariamente, bajo el dominio de la responsabilidad personal, no se hallaba el préstamo garantizado por el derecho de acción. El acreedor defraudado no tenía a su disposición sino procedimientos de orden mágico, que en parte aparecen ante nosotros como algo grotesco, cuyos vestigios perduraron largo tiempo. En China, el prestamista amenazaba con suicidarse y, eventualmente, cumplía su amenaza, alentado por la esperanza de que, ya muerto, perseguiría a su deudor. En la India colocábase el acreedor frente a la casa del deudor y dejaba de comer o se ahorcaba allí mismo, ya que de este modo engendraba a cargo de su grupo la obligación de la venganza. Y si el acreedor era brahmán, el deudor debía ser juzgado como asesino de éste. La falta de probidad a que aluden las Doce Tablas y, posteriormente, la infamia, tratándose de faltas graves contra la *fides*, eran, en Roma, un vestigio del boicot social que, a falta de coacción jurídica, se dejaba sentir sobre aquellos que no procedían con lealtad y buena fe." MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, en *Gundriss der Sozialökonomik*, III Ableitung. Zweite Auflage, Tübingen, 1925, Verlag von J. C. B. Mohr, pág. 420 del tomo II.

órgano sancionador encuentra que el supuesto de tales normas se ha realizado, debe imponer las consecuencias jurídicas correspondientes.

b) El hecho antijurídico condiciona a veces la existencia de determinados derechos en favor del agraviado. Queremos referirnos al caso de la defensa legítima. Cuando una persona es víctima de una agresión actual, violenta e ilegítima, de la cual resulte un peligro inminente para su vida, su honor o sus bienes, o para la vida, honor o bienes de otro, tiene el derecho de defenderse.[5] Este derecho es una consecuencia jurídica del entuerto, mas no constituye una sanción, aun cuando su ejercicio pueda eventualmente redundar en perjuicio del agresor.[6]

c) Otro caso en que el acto violatorio da nacimiento a consecuencias jurídicas secundarias, diversas de la sanción, es el de la rescisión de un contrato de trabajo por causas imputables al patrón. Si se da cualquiera de las enumeradas por el artículo 51 de la nueva Ley Federal del Trabajo, tiene la otra parte derecho a dar por terminado su contrato. Ese derecho se halla condicionado por los actos violatorios, pero no es una sanción, sino una facultad del obrero cuyo ejercicio implica un castigo para quien lo ha contratado. En este caso hay que distinguir, por consiguiente, el derecho a la rescisión del contrato y la rescisión misma, ya que sólo esta última es una sanción.

---

5 Código Penal del Distrito Federal. Artículo 15: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: III.—Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulta un peligro inminente; a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes: Primera.—Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella; Segunda.—Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales; Tercera.—Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y Cuarta.—Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.

"Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquel que durante la noche rechazare en el momento mismo de estarse verificando el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

"Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiere en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión".

6 "En nuestro concepto —escribe DU PASQUIER— no es correcto considerar como sanciones las represalias internacionales y la legítima defensa, que no son sino reacciones individuales o actos de lucha." *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit.* París, 1937, pág. 111. La legítima defensa es incuestionablemente una reacción individual y un acto de lucha, pero representa también el ejercicio de un derecho.

155. SANCION Y COACCION.—La sanción no debe ser confundida con los actos de coacción. Aquélla es una consecuencia normativa de carácter secundario; éstos constituyen su aplicación o realización efectiva. *Coacción es, por tanto, la aplicación forzada de la sanción.*[7] Cuando un juez dicta sentencia, condenando a una persona a que pague lo que debe, aplica una sanción; pero si el demandado no cumple voluntariamente con el fallo, tiene el actor derecho a pedir que la sanción se imponga por la fuerza. El secuestro de bienes del deudor, y el remate de los mismos por el poder público, a fin de dar cumplimiento a la resolución judicial, representan, en el caso del ejemplo, una forma de coacción.

156. CLASIFICACION DE LAS SANCIONES.— Las que las normas jurídicas establecen pueden ser clasificadas desde muy diversos puntos de vista. Un primer criterio consistiría en agruparlas paralelamente a las diversas ramas del derecho. Desde este ángulo visual descubriríamos tantas especies de sanciones como disciplinas jurídicas especiales: civiles, penales, administrativas, internacionales, etc.[8] Semejante criterio no satisface, porque aun cuando es cierto que la índole de las normas sancionadas determina a veces la de las respectivas sanciones, también es verdad que ello no pasa siempre, y que hay formas sancionadoras *generales,* es decir, aplicables a toda clase de preceptos, independientemente de su materia, como, por ejemplo, la nulidad o la multa.

En nuestra opinión, las sanciones jurídicas deben ser clasificadas atendiendo a la finalidad que persiguen y a la relación entre la conducta ordenada por la norma infringida y la que constituye el contenido de la sanción.

Si la sanción es consecuencia jurídica de carácter secundario, tendrá que manifestarse dentro de las formas peculiares de toda consecuencia de derecho.[9] Por regla general, las sanciones se traducen, rela-

---

[7] "El fenómeno de la coacción no se confunde con el de la sanción. Por sanción se entiende la consecuencia que deriva de la inobservancia de la norma, la reacción que el ordenamiento jurídico predetermina frente al comportamiento de los particulares que contraría lo establecido en la misma norma. Esta última denomínase más precisamente *norma primaria,* a diferencia de la que contiene la sanción, llamada *secundaria* o *sancionadora*... Las sancionadoras no implican ningún fenómeno de coacción; dan lugar simplemente al nacimiento de una obligación de responsabilidad, cuyo acatamiento es esperado por el orden jurídico. Si de coacción quiere hablarse, relativamente a dichas normas, habrá que emplear la expresión, más específica, de coacción indirecta. En rigor, la sanción posee ante todo una eficacia preventiva, en cuanto frecuentemente engendra el motivo que lleva al sujeto a conducirse de acuerdo con la norma primaria." MARIO ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto privato.* Torino, 1939, I, pág. 6.

[8] Ver capítulo XI.

[9] Ver sección 88.

tivamente al sujeto a quien se sanciona, en deberes que, a consecuencia de la violación, le son impuestos. En esta hipótesis, el incumplimiento de un deber jurídico engendra, a cargo del incumplido, un nuevo deber, constitutivo de la sanción. La inobservancia de un deber contractual, verbigracia, puede producir, a cargo del sujeto de ese deber, la obligación de pagar los daños y perjuicios derivados de su actitud antijurídica.

Lo propio sucede cuando se sanciona la infracción de un reglamento administrativo con la obligación de pagar una multa, o cuando, por la comisión de un delito, se impone al delincuente una pena privativa de su libertad; pues ésta implica, para el castigado, una serie de deberes: no evadirse, aceptar los reglamentos de la prisión, observar buen comportamiento, etc.

La conducta impuesta a quien se sanciona puede coincidir materialmente con el proceder prescrito por la regla violada. Esto no significa que la sanción (consecuencia jurídica secundaria), y el deber cuyo incumplimiento le da origen (consecuencia jurídica primaria), se confundan. Aun cuando tengan igual contenido, no es difícil distinguirlos, porque son obligaciones que nacen de preceptos diferentes. Supongamos que un individuo se ha obligado, en virtud de una compraventa, a entregar al comprador la cosa vendida. Si no cumple con su obligación, puede acontecer que el otro contratante demande el cumplimiento y obtenga del juez un fallo favorable. En tal hipótesis, tendrá el juzgador que condenar al demandado a que entregue la cosa, es decir, a que haga aquello que debía hacer y no hizo. Sólo que la obligación impuesta por el juez (constitutiva de la sanción), no deriva directamente del contrato, sino del fallo judicial. Además, es posible invocar éste como título ejecutivo, de tal modo que si el demandado no cumple con la sentencia dentro del término concedido, cabe constreñirlo a que lo haga. O, expresado en otra forma: la sanción impuesta en el fallo es el antecedente inmediato del acto de coerción, cosa que no sucede con el deber jurídico primario.

Puede ocurrir que la sanción se traduzca, relativamente al sancionado, en uno o varios deberes impuestos a éste por la norma sancionadora, y que esos deberes coincidan materialmente con aquellos otros cuya inobservancia hace al incumplido acreedor a un castigo. Pero tal coincidencia no es necesaria, como tampoco es indispensable que la sanción se traduzca en uno o varios deberes jurídicos del sujeto a quien se sanciona. La sanción estriba, a menudo, no en nuevas obligaciones, sino en la pérdida de derechos preexistentes (caso de la rescisión, verbigracia).

Si examinamos las relaciones que median entre el contenido de la sanción (relativamente a quien la sufre) y el deber jurídico cuya inobservancia le da origen, tendremos el mejor criterio para una división general de las sanciones jurídicas.

Estudiemos esas relaciones.

Las dos posibilidades con que nos encontramos son, lógicamente, las de *coincidencia* y *no coincidencia.*

Cuando el contenido de la sanción coincide con el de la obligación condicionante, estamos ante el caso del *cumplimiento forzoso,* que es el más frecuente en el derecho privado. Como el nombre lo indica, consiste en exigir oficialmente, y de manera perentoria, la observancia de la norma incumplida, apercibiendo al sancionado de que, si no cumple, se le aplicará la sanción de modo violento. Si en una sentencia se declara que *X* debe pagar a *R* veinte pesos que el primero recibió en préstamo del segundo, y se da a aquél un plazo de dos días para acatar el fallo, con apercibimiento de que, si no lo acata, sus bienes le serán embargados, el deudor adquiere una nueva obligación, distinta de la que asumió al celebrar el contrato. El primer deber nace del mutuo; el segundo es impuesto por el órgano sancionador, a través de la sentencia. Y si ésta no es obedecida de manera espontánea, el acreedor tiene derecho de exigir que se *coaccione* al obligado. Con toda claridad se advierte aquí la diferencia entre la sanción y los actos coactivos. La sanción implica una exigencia que encierra una amenaza; la coacción es el cumplimiento de esta última.

Conviene insistir en que la obligación de aplicar una sanción a la persona que ha faltado a la observancia de una norma, no ha de confundirse con los deberes que, a través del acto sancionador, son impuestos a aquélla. En el caso del cumplimiento forzoso hay que distinguir la obligación que el órgano tiene de exigir del violador que cumpla con su deber, y el deber del sancionado de someterse a tal exigencia.

Para mayor claridad, volvamos al ejemplo del préstamo. Si *R* no paga los veinte pesos que *X* le prestó, y el acreedor presenta demanda en contra del deudor y prueba su derecho, el juez está obligado a condenar a *R* a la devolución de lo prestado, con el apercibimiento de que, si no lo hace, se le forzará a ello; pero el deber del juez de condenar al cumplimiento no se confunde con el deber del deudor de hacer lo prescrito por aquél o, lo que es lo mismo, con el *de acatar la sentencia.* Y aun cuando en ésta se condene al pago de los veinte pesos, tal obligación no se identifica con el deber jurídico primario, porque no deriva del contrato de mutuo, sino del fallo judicial y, además, porque

la obligación impuesta en él es antecedente inmediato del acto coactivo, lo que no ocurre en el otro caso. Pero, como arriba dijimos, el contenido de las dos obligaciones es el mismo, porque la sentencia no hace sino condenar al demandado a la entrega de la cantidad que debía. Por ello afirmamos que, en el caso del cumplimiento forzoso, hay *coincidencia* entre el contenido del deber primario y el de la sanción, o deber jurídico secundario. La primera forma de sanción implica una substitución de la primitiva obligación incumplida por una obligación nueva, de contenido idéntico y diversa fuente, impuesta al sancionado por el órgano jurisdiccional, bajo amenaza de coacción. Y así como hemos distinguido el deber de sancionar y la sanción misma, podemos distinguir el deber de coaccionar y los actos coactivos. Pues la coacción sólo es legalmente posible, tratándose de la forma de sanción que examinamos, si el sancionado se niega a someterse a la resolución judicial de un modo espontáneo. El deber de coaccionar es, por tanto, consecuencia jurídica terciaria, que sólo puede nacer si el sancionado no acata la sentencia en que se le condena a cumplir.

Algunas veces no es posible lograr de manera coactiva la observancia de una obligación, pero existe la posibilidad de exigir oficialmente al incumplido que realice una prestación *equivalente* a la que dejó de realizar. La sanción tiene entonces como fin asegurar al sujeto que ha sido víctima del acto violatorio, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Esto supone naturalmente un cálculo económico de los mismos, en función de la importancia de las prestaciones no ejecutadas. En el caso no hay ya coincidencia de la conducta obligatoria con el contenido de la sanción, pero entre ellos media una *relación* de equivalencia. Esto quiere decir que los deberes que la sanción implica, relativamente al sancionado, representan económicamente lo mismo que aquellos otros que dejó de cumplir, y que las consecuencias materiales y morales del acto antijurídico. De aquí que la indemnización no comprenda sólo los daños, sino también los perjuicios.[10]

Las sanciones no se agotan en los dos tipos, ya examinados, del cumplimiento forzoso y la indemnización. No siempre es posible exigir coactivamente el cumplimiento, ni encontrar un equivalente económico adecuado. Por otra parte, la violación tiene, en ocasiones, tanta gravedad,

[10] "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación" (art. 2108 del Código Civil del Distrito Federal). "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación" (art. 2109 del mismo Código).

o amenaza a la sociedad de tal modo, que la indemnización resulta insuficiente.[11] En tales casos no se trata de corregir un daño, acaso irreparable, sino de imponer al violador una pena. De este modo encontramos, al lado del cumplimiento forzoso y la indemnización, la figura jurídica del *castigo*, tercera forma sancionadora.

Al declarar que es una de las formas generales en que las sanciones jurídicas pueden manifestarse, no queremos referirnos exclusivamente al caso de la sanción penal —que más adelante estudiaremos— sino a todas aquellas sanciones cuya finalidad no estriba en lograr coactivamente el cumplimiento de un deber jurídico, ni en conseguir determinadas prestaciones económicas equivalentes a los daños y perjuicios derivados del acto violatorio (por ejemplo, las diversas formas de nulidad; [12] el derecho concedido a los contratantes de rescindir un negocio jurídico bilateral, cuando la otra parte se niega a cumplir; la multa, etc.).

Las distinciones anteriores pueden resumirse en el cuadro sinóptico que a continuación ofrecemos:

Relaciones entre el deber jurídico primario y el constitutivo de la sanción.	*Coincidencia:*	*cumplimiento forzoso* (su fin consiste en obtener coactivamente la observancia de la norma infringida).
	No coincidencia	I. *Indemnización.* (Tiene como fin obtener del sancionado una prestación económicamente equivalente al deber jurídico primario.)
		II. *Castigo.* (Su finalidad inmediata es aflictiva. No persigue el cumplimiento del deber jurídico primario ni la obtención de prestaciones equivalentes.)

Los tipos a que el cuadro se refiere constituyen las *formas simples* de las sanciones jurídicas; pero al lado de ellas existen las *mixtas* o *complejas* que, como su denominación lo indica, resultan de la combinación o suma de las primeras. Hay varias combinaciones posibles, a saber:

---

11 Ver sección 45.
12 Ver pág. 89.

1. cumplimiento + indemnización.
2. cumplimiento + castigo.
3. indemnización + castigo.
4. cumplimiento + indemnización + castigo.

Al lado de las tres *simples* existen, por tanto, cuatro formas *mixtas*. La existencia de las segundas revela la complejidad de los fines que las reglas del derecho pueden perseguir.

Pongamos algunos ejemplos:

Primer caso: cumplimiento + indemnización. Un trabajador, despedido de su trabajo sin causa justa, demanda su reinstalación y el pago de salarios caídos. Si el patrón no demuestra la justificación del despido, la Junta de Conciliación y Arbitraje que conozca del asunto debe condenar al demandado a reinstalar al actor en su puesto y a pagarle —por concepto de indemnización— los salarios que habría ganado en la hipótesis de que el contrato hubiera sido cumplido, es decir, los comprendidos entre la fecha de la separación y la de la reposición en el empleo.[13] Un mismo hecho antijurídico (el despido sin justificación), da nacimiento en este caso a una sanción mixta, que persigue, de una parte, el cumplimiento del contrato de trabajo y, de otra, la indemnización por el tiempo que el reclamante ha perdido.[14]

Segundo caso: cumplimiento + castigo. Cuando al celebrarse un contrato se estipula cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla puntualmente, el acreedor tiene derecho a exigir que se constriña al deudor al cumplimiento y al pago de la pena convencional (art. 1846 del Código Civil).

Tercer caso: indemnización + castigo. La comisión del delito de robo engendra a cargo del ladrón la obligación de reparar el daño que ha causado (restituyendo la cosa robada) y lo hace acreedor, además, a determinadas penas (privación de la libertad y multa). La multa

[13] Cfr. Artículos 46, 48, 50 y 51 de la nueva Ley Federal del Trabajo. De estos artículos, el 51 enumera las causas por las que el trabajador puede, legalmente, rescindir la relación de trabajo. El artículo 48 de la citada ley concede al obrero el derecho de optar entre la reinstalación y el pago de la indemnización de tres meses de salario.

[14] Hay que tener en cuenta que la indemnización sólo es sanción cuando deriva de un acto antijurídico. El deber que los patrones tienen de indemnizar a sus trabajadores en el caso de riesgo profesionales, por ejemplo, no es una sanción, ya que no se encuentra condicionado por una conducta ilícita.

puede ser un simple castigo o tender a la indemnización. Lo último ocurre cuando una parte de aquélla, o la totalidad de la misma, se entrega al dueño de la cosa.[15]

Cuarto caso: cumplimiento + indemnización + castigo. Supongamos que un trabajador, a quien no han sido pagados sus salarios en la fecha y lugar convenidos,[16] da por rescindido su contrato y exige del patrón el pago de lo que se le debe y la indemnización de tres meses que para estos casos señala el artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo.[17] En esta hipótesis, un mismo hecho antijurídico, la falta de pago de los salarios en la fecha y lugar estipulados, condiciona la existencia de una sanción mixta, que persigue la triple finalidad del cumplimiento, la indemnización y el castigo. Este último estriba en la rescisión del contrato; la indemnización, en el pago de los tres meses, y el cumplimiento, en la entrega de las cantidades no cubiertas.

El caso de las sanciones mixtas no debe ser confundido con el de la acumulación de sanciones. Aquéllas son consecuencia de una sola violación; la acumulación supone la existencia de varios hechos violatorios, cometidos por una sola persona.

La acumulación implica, pues, como dicen los penalistas, una *pluralidad de acciones y de resultados.*[18] Si varios hechos delictuosos derivan de

---

[15] De acuerdo con el Código Penal del Distrito Federal, el importe, de la multa debe aplicarse al Estado. Artículo 35: "El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá: entre el Estado y la parte ofendida; al primero se aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación.— Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño, y en su caso, a prorrata entre los ofendidos. Si la parte ofendida renunciare a la reparación, el importe, de ésta se aplicará al Estado.— Los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán al pago de la sanción pecuniaria cuando el inculpado se substraiga a la acción de la justicia." "La reparación del daño comprende: I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, y II. La indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados" (art. 30 del mismo Código).

[16] Artículo 51 de la nueva Ley Federal del Trabajo: "Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el trabajador: ...V. No recibir el salario correspondiente en la fecha o lugar convenidos o acostumbrados..."

[17] Art. 48. "El trabajador podrá solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, a su elección, que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba, o que se le indemnice con el importe de tres meses de salario. Si en el juicio correspondiente no comprueba el patrón la causa de la rescisión, el trabajador tendrá derecho, además cualquiera que hubiese sido la acción intentada, a que se le paguen los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se cumplimente el laudo".

[18] "Cuando hay pluralidad de acciones y de resultados se está en presencia de delitos diversos. Si el sujeto no ha sido sentenciado por ninguno de ellos, en nuestro derecho procede la acumulación: hay acumulación siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita (art. 18 C. P.). Y si por alguno de los delitos había recaído firme, sólo hay reincidencia: hay reincidencia siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la

una sola acción (*concurso ideal* o *formal*), no hay acumulación de sanciones, sino agravación de la pena que corresponde al delito mayor.[19]

157. LA PENA.—Las sanciones establecidas por las normas del derecho penal reciben la denominación específica de penas. La pena es la forma más característica del castigo.

Cuello Calón la define diciendo que "es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal".[20] La pena es, por consiguiente, una de las consecuencias jurídicas de la comisión de un hecho delictuoso.

Esta forma de castigo tiene, según el citado autor, las características siguientes:

1. Es un sufrimiento derivado de la restricción o privación de ciertos bienes jurídicos: libertad, propiedades, honor o vida.

2. Es impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico. "Los males o sufrimientos que el Estado impone con otros fines (v. gr., las correcciones disciplinarias con las que, en uso de su potestad disciplinaria, puede sancionar la conducta ilícita de sus funcionarios) no constituyen pena propiamente dicha. Tampoco constituyen pena los males (correcciones) impuestos por organismos e instituciones públicas o privadas para la consecución de sus fines peculiares (v. gr., no constituyen pena las correcciones para el mantenimiento de la disciplina universitaria, ni las infligidas por los padres o tutores a sus hijos y pupilos)." [21]

---

misma un término legal igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga ese carácter en este código o (en) leyes especiales (art. 20 C. P.)." CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, México, 1937, pág. 302.

19 "Es uno el delito cuando, habiendo unidad de acción, hay pluralidad de resultados; una sola injuria dirigida contra varias personas, una sola imprudencia del automovilista produciendo la destrucción de un cristal y las lesiones de un transeúnte. La acción es, en estos casos también, una sola; los resultados, plurales. La sanción puede, por ello, ser agravada. En nuestro derecho siempre que con un solo hecho ejecutado en un solo acto o con una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración (art. 58 C. P.)." CARRANCÁ Y TRUJILLO. *Derecho Penal Mexicano*. México, 1937, pág. 300. Tampoco hay acumulación en el caso del *delito continuo* (pluralidad de acciones y unidad de resultado). "No hay acumulación cuando los hechos constituyen un delito continuo o cuando en un solo acto se violen varias disposiciones penales. Se considera, para los efectos legales, delito continuo aquel en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen" (art. 19 del Código Penal del Distrito Federal).

20 EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Barcelona, 1935, 3ª edición, I, pág. 544.

21 CUELLO CALÓN, obra citada, pág. 545.

3. Debe ser impuesta por los tribunales como resultado de un juicio penal.

4. Ha de ser personal, lo que quiere decir que nadie puede ser castigado penalmente por hechos ajenos.

5. Debe ser estatuída por la ley, como consecuencia jurídica de un hecho que, de acuerdo con la misma ley, tenga carácter de delito.[22]

Al lado de las penas, o medidas *represivas*, existen las de seguridad, o *preventivas*. "Sobre la naturaleza misma de las medidas de seguridad, la diversidad entre los tratadistas es profunda. Se dice: la pena es represión y se halla destinada al fin de la compensación; las medidas de seguridad, por el contrario, son tratamientos de naturaleza preventiva y responden al fin de la seguridad (Birkmeyer); en consecuencia, éstas se encuentran fuera del campo penal y corresponden a la autoridad administrativa. Pero se objeta, por el contrario: pena y medida de seguridad son análogas e inseparables, son dos círculos secantes que pueden reemplazarse mutuamente; sólo cabe su diferenciación práctica, no la teórica (Liszt); en consecuencia, una y otra corresponden a la esfera penal. Por último, penas y medidas de seguridad son idénticas (Grispigni, Antolisei). El Estado provee a una doble tutela; represiva y preventiva; a la primera corresponden las penas que tienen un fin de retribución; a la segunda, las medidas de seguridad, que tienen un fin de seguridad; nace de aquí una doble categoría de sanciones criminales: represivas o retributivas (penas) y preventivas (medidas de seguridad), pudiendo aplicarse estas últimas tanto a los irresponsables como a los responsables después de expiada la pena; la pena es siempre aflicción y la medida de seguridad no requiere siempre la eficacia aflictiva; pero una y otra forman conjuntamente el objeto del derecho penal (Longhi)." [23]

Si bien casi todos los penalistas coinciden al afirmar que el fin inmediato de la pena es aflictivo, suelen, en cambio, diferir, en ocasiones profundamente, acerca de los fines mediatos o remotos de la misma.[24]

---

[22] Ver artículo 14 de la Constitución Federal.

[23] RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, parte general, México, 1937, página 313.

[24] Sobre este punto, ver CUELLO CALÓN, obra citada, pág. 546.

De acuerdo con el artículo 24 del Código Penal del Distrito Federal, las penas y medidas de seguridad son:

1.—Prisión.
2.—Derogada.
3.—Reclusión de locos, sordomudos, degenerados y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
4.—Confinamiento.
5.—Prohibición de ir a lugar determinado.
6.—Sanción pecuniaria.
7.—Pérdida de los instrumentos del delito.
8.—Confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas.
9.—Amonestación.
10.—Apercibimiento.
11.—Caución de no ofender.
12.—Suspensión o privación de derechos.
13.—Destitución o suspensión de funciones o empleos.
14.—Publicación especial de sentencia.
15.—Vigilancia de la policía.
16.—Suspensión o disolución de sociedades.
17.—Medidas tutelares para menores.

Y las demás que fijen las leyes.

Carrancá y Trujillo clasifica como medidas de seguridad las siguientes: reclusión de locos, sordomudos, degenerados y toxicómanos; confinamiento; prohibición de ir a lugar determinado; pérdida de los instrumentos del delito; confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas; amonestación, apercibimiento; caución de no ofender; vigilancia de la policía y medidas tutelares para menores. Las otras tienen el carácter de penas.[25]

158. CLASIFICACION DE CARNELUTTI.—Inspirándose en la distinción, introducida por el derecho penal, entre penas y medidas de seguridad, el procesalista italiano Francesco Carnelutti afirma que el concepto de sanción no es sino una especie, relativamente al genérico *medida jurídica*. Por medidas jurídicas entiende los medios que el legislador adopta para la imposición de las normas del derecho.[26]

Tales medidas no tienden solamente a la represión, sino que pueden orientarse a la prevención de los actos ilícitos. De aquí que quepa dividirlas en *preventivas* y *represivas*, siendo estas últimas las generalmente designadas con el nombre de *sanciones*.

El carácter especial de las primeras aparece con gran diafanidad en las *medidas de seguridad* establecidas por los Códigos Penales para prevenir o evitar la comisión de actos delictuosos. Como es bien sabido, esas medidas divídense en *personales* y *patrimoniales*.

Las represivas, o sanciones, son definidas por Carnelutti como

---

[25] CARRANCÁ Y TRUJILLO, obra citada, pág. 316.
[26] CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, pág. 20

"consecuencias que derivan de la inobservancia de un precepto".[27] El fin de la sanción es estimular a la observancia de la norma, por lo cual tales consecuencias han de implicar un *mal*. Pero quien intentase una síntesis más amplia, tendría que admitir, al lado de la sanción penal (en sentido lato) las de carácter *premial*, es decir, las que recompensan el cumplimiento meritorio de los preceptos del derecho.

Como las punitivas tienden a evitar la comisión de actos ilícitos, fácilmente se comprende que deben traducirse en la amenaza de un mal mayor que el que implique la obediencia; cuando ocurre lo contrario —dice Carnelutti—, la ley, a pesar de no ser imperfecta, equivale, en la práctica, a las normas de este tipo.[28]

Para clasificar las sanciones penales *(lato sensu)* hay que examinar, según la tesis que comentamos, si el mal con que se amenaza al violador del precepto consiste o no en el sacrificio o lesión del mismo interés subordinado al propio precepto. Cuando la sanción implica el sacrificio del mismo interés que la norma exige sacrificar, nos encontramos frente al caso de la *restitución;* si se trata del sacrificio de un interés diverso, nos hallamos ante el de la pena. La restitución tiende a la satisfacción del interés protegido por la norma, mientras que la eficacia de la pena es esencialmente aflictiva, en relación con el titular del interés sacrificado. "La restitución se realiza con el fin de reparar la violación, mientras que la pena se impone porque la violación se ha consumado." [29] Sólo que la diferencia no es absoluta, por lo cual sería más correcto declarar que la pena tiene carácter predominantemente aflictivo, en tanto que el de la restitución es predominantemente compensador.

Advierte Carnelutti que a la pena suele oponerse, de acuerdo con el lenguaje usual, no tanto la *restitución* cuanto la *ejecución*. Pero añade que es preferible emplear la palabra *restitución*, porque el otro término corresponde más bien a la actualización o realización efectiva de las sanciones, sean de la especie que fueren. Por esto puede hablarse tanto de ejecución de la restitución o de la reparación del daño, como de ejecución de la pena.

Si quisiéramos precisar el concepto de restitución, podríamos decir que es la medida jurídica cuya finalidad consiste en lograr que el mundo exterior vuelva a quedar en las condiciones en que se hallaría si el precepto hubiera sido acatado. Cuando la violación de la norma consiste en una alteración de lo que ya existía, se verifica, propiamente ha-

[27] CARNELUTTI, obra citada, pág. 23.
[28] CARNELUTTI, obra citada, pág. 22.
[29] CARNELUTTI, obra citada, pág. 23.

blando, la restitución (por ejemplo: de la cosa robada); si consiste en la no modificación del mundo exterior, el fin de la sanción es constreñir al incumplido a hacer lo que no hizo (por ejemplo: entrega de la cosa debida al acreedor).

La pena y la restitución son las "figuras extremas de la gama de las sanciones". Entre ellas existen otras intermedias. La mas característica de estas últimas es el *resarcimiento*. En el caso del resarcimiento, el interés sacrificado por la norma sancionadora se halla en relación de *equivalencia* o de *compensación* con el *subordinado* al precepto infringido. Hay equivalencia si ambos intereses se refieren a la satisfacción de la misma necesidad; compensación, cuando se relacionan con necesidades diversas y el placer procurado por la satisfacción de una de ellas compensa el dolor que la insatisfacción de la otra produce.

Aun cuando la clasificación de Carnelutti coincide substancialmente con la que hemos expuesto en la sección 156, preferimos la nuestra, porque en ella no se recurre a conceptos ajenos a la ciencia del derecho, como los de interés, necesidad, placer y dolor, sino a nociones puramente jurídicas. Creemos haber demostrado que para ordenar sistemáticamente las diversas formas que las sanciones pueden asumir, basta con examinar las relaciones entre el contenido del deber cuya violación condiciona la consecuencia jurídica sancionadora, y el contenido de la sanción misma (deber jurídico secundario).

En vez de *resarcimiento* (término empleado por Carnelutti), preferimos hablar de *indemnización*, porque este vocablo expresa perfectamente la finalidad de la sanción de que se trata, y puede aplicarse tanto al caso de la reparación del daño como al pago de los perjuicios. La distinción entre relaciones de equivalencia y de compensación nos parece innecesaria, porque la compensación supone la equiparación o equivalencia de las prestaciones, y ésta se establece precisamente para compensar el incumplimiento de un deber con la observancia de otro.

159. EL PROBLEMA DE LA SANCION PREMIAL.—En el estudio titulado *Merito e Ricompensa*,[30] plantéase Angelo de Mattia el siguiente problema: ¿puede construirse una teoría del acto meritorio y las sanciones premiales, paralelamente a la doctrina del acto ilícito y las sanciones punitivas? O, expresado en otro giro: ¿debe el premio ser considerado como sanción jurídica *sui géneris?*. . .

[30] En *Rivista internazionale di filosofia del diritto* Anno XVII, Fascicolo VI, novembre-diciembre, 1937, págs. 608 y sigs.

Generalmente, cuando de la sanción se habla, piénsase en los diversos medios destinados a reforzar la observancia de las leyes, es decir, en las consecuencias que derivan de la infracción de una norma, como la pena o la ejecución forzosa. Pero esta idea implica una limitación indebida, porque el cumplimiento de los preceptos jurídicos puede perseguirse no solamente con la amenaza de un mal, sino ofreciendo premios o recompensas. Cabe hablar, por tanto, de un derecho *premial*, en contraposición al *penal*.[31]

Por sanción suele entenderse, en el lenguaje cotidiano, una reacción del derecho en relación con una actitud voluntaria del individuo. Pero esa reacción no es, necesariamente, un mal que acompaña a otro; puede ser un bien que sigue a otro bien. La sanción debe definirse, en consecuencia, "como el efecto jurídico de un acto, tendiente a compensar la voluntad".

La citada definición encierra los elementos siguientes:

a) En primer término, la sanción es una consecuencia jurídica. Desde el punto de vista de la norma aparece como la amenaza de un mal o la promesa de un bien, relativamente a una infracción jurídica o un acto meritorio. Como hecho, identifícase con la coacción o el otorgamiento material de la recompensa. En su aspecto normativo, se resuelve en la obligación impuesta a ciertos órganos del Estado, de realizar determinados actos en contra o en favor de los destinatarios del precepto. Toda norma sancionada divídese en dos disposiciones diversas: la primera (precepto), dirigida a la generalidad de los individuos, determina las condiciones de la ilicitud o el mérito de una conducta; la segunda (sanción) dirígese a determinados órganos estatales, de antemano establecidos, y les impone el deber de aplicar la sanción punitiva o entregar la recompensa, según los casos.

La relación entre el supuesto jurídico y la sanción (punitiva o premial) es lógicamente necesaria. Mas no se trata de una necesidad física, sino normativa.

b) Toda sanción tiene como supuesto la realización de un acto deter-

[31] "Sería una deplorable mutilación presentar al Derecho como implicando exclusivamente el modo de la retribución dañosa, la pena. La esencia del Derecho implica la retribución, pero ésta puede ser no sólo el castigo, sino también la recompensa. Y la historia del derecho positivo nos muestra efectivamente ejemplos de retribuciones que son premios: la rama de olivo (Grecia) y el elogio y el galardón (España medieval); el ascenso y el aumento de sueldos, la condecoración, las pensiones graciables, las primas económicas y las exoneraciones. Si nos pasan inadvertidas es porque no han sido unificadas en un Código como las penas." LLAMBIAS DE AZEVEDO, *Eidética y aporética del derecho. Prolegómenos a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1940, Editorial Calpe, pág. 48.

minado. Éste puede ser lícito o meritorio. De la naturaleza del acto depende la índole de la sanción correspondiente.

c) La finalidad de la sanción es compensar la voluntad de los individuos. Tal compensación puede referirse a actos antisociales o laudables (meritorios).

Hay que advertir que no todas las consecuencias jurídicas de un acto son sanciones, sino sólo aquellas que consisten en un mal o un bien, y tienen como fin compensar la voluntad del individuo, castigándole o recompensándole.

La voluntad que se manifiesta en un sentido normal es simplemente tutelada por el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, la observancia de un deber es una consecuencia jurídica, pero no tiene carácter de sanción, por tratarse de un efecto normal dentro de dicho ordenamiento. La reacción del Estado, frente a la conducta de los particulares, explícase sólo cuando se trata de actos anormales (meritorios o ilícitos). Es decir, sólo en cuanto la actividad humana se manifiesta en forma de infracción o de cumplimiento meritorio del derecho, la ley interviene para castigar o recompensar al individuo.

Las finalidades *represivas* o *recompensatorias* del orden jurídico podrían indicarse mediante la denominación genérica de *función remunerativa.* En todo caso, la sanción tiende a compensar la voluntad y fortalecer el respeto y acatamiento de la ley. De lo anteriormente expuesto infiérese que sanciones son las normas jurídicas que, enlazadas a otras llamadas *preceptos,* encierran la amenaza de un castigo para el transgresor, o la promesa de un premio para quienes ejecutan actos meritorios; o, más concretamente: "son el mal o el bien que deben seguir a la violación o la observancia de los preceptos legales".[32]

El supuesto jurídico de las sanciones punitivas es el acto ilícito; el de las recompensativas, el meritorio.

Así como en el acto ilícito encuéntranse dos elementos, uno objetivo: el *daño;* otro subjetivo: la *culpa;* en el meritorio hallamos igualmente un elemento objetivo: la *ventaja* o *provecho,* y otro subjetivo: el *mérito.*

a) El provecho puede consistir ya en un acrecentamiento del patrimonio individual o colectivo, ya en la producción o fomento de bienes de otra índole, incluso inmateriales, ya en la supresión, represión o reducción de un mal.

[32] De Mattia confunde la norma sancionadora con la sanción misma. La sanción es impuesta por dicha norma, mas no se confunde con ella.

Algunas veces, el provecho no se manifiesta de modo tangible, como ocurre, verbigracia, en el caso de una tentativa frustrada de salvamento; pero, ello no obstante, puede tratarse de un acto meritorio análogo a la tentativa penal. "Así como en ésta el daño está constituído por el peligro desarrollado por el agente, al pretender la comisión de un delito, en la tentativa meritoria la ventaja estriba en el ejemplo que ofrece el acto, a pesar de haber resultado infructuoso."

b) El concepto jurídico del mérito es más estrecho que el vulgar.
Examinemos las características del primero.

Para asegurar el desarrollo regular de la vida jurídica, la ley impone a los particulares deberes de muy diversa índole y a menudo exige el sacrificio del interés individual, no únicamente frente al colectivo, sino a veces también frente a otro interés individual que se considera más elevado. Tratándose de intereses del mismo rango, no pide que el propio se inmole en aras del ajeno. En cambio, frente al interés común, demanda siempre la postergación del puramente individual; de aquí que en la guerra en defensa de la patria se exija el máximo sacrificio personal. Cuando los intereses en conflicto son particulares y tienen la misma importancia, el derecho suele dar la preferencia al interés egoísta. Pero ello no impide que el sacrificio voluntario del propio bienestar en provecho de la colectividad o el bien de otros, no sólo sea apreciado como un alto ejemplo de virtud, moral y cívica, sino considerado en ocasiones como acto jurídico *sui géneris,* provisto de una sanción especial, premio o recompensa. "Un acto por encima del deber (supraerogatorio) puede ser tan jurídico como el acto debido."

"En sentido figurado podría decirse: el derecho impone al individuo una serie de actos obligatorios, o serie de los actos debidos, los cuales constituyen una línea media. Si el sujeto se coloca voluntariamente abajo de dicha línea, incurre en un acto ilícito y se hace acreedor a una sanción punitiva; si, por el contrario, se coloca espontáneamente sobre ella, entra en la zona de los actos meritorios, a los que se hallan enlazadas las sanciones premiales." [33]

El derecho exige casi siempre una diligencia media en la observancia de sus normas y admite que pueda caerse, dentro de ciertos límites, en alguna infracción sin importancia; pero también premia a quienes deseando no incurrir en estos pecados veniales, usan del mayor cuidado y ponen peculiar empeño en la obediencia estricta de sus deberes.[34]

---

[33] Angelo de Mattia, obra citada, pág. 615.
[34] Angelo de Mattia, obra citada, pág. 616.

Así como en relación con las normas represivas existe una gradación de las diversas formas del dolo y de la culpa, relativamente a las premiales puede establecerse una gama semejante, en lo que al mérito concierne. Hay una primera forma de conducta meritoria que consiste en usar una mayor diligencia en el cumplimiento de nuestros deberes, a fin de no incurrir en ninguna falta, aun cuando sea tan leve que el derecho la tolere; o en desplegar especial habilidad o prudencia extrema en la ejecución de los actos que la ley prescribe. Otra forma, mucho más elevada, del mérito, consiste en el valor y el sacrificio altruísta del interés propio en provecho del prójimo, y a ella puede hallarse unida una recompensa puramente inmaterial.[35] "Así como el dolo se distingue de la culpa en sentido estricto por la intencionalidad del hecho dañoso, el valor difiere de las formas del mérito en el propósito de asegurar el bien ajeno con desprecio del propio."[36]

Pero el mérito debe ser reconocible en el acto de que se trate, para que este último merezca ser llamado meritorio. Las consecuencias jurídicas de una conducta que produce un daño o un provecho, sin culpa o mérito del sujeto, no deben ser consideradas como sanciones, sino como efectos diversos, que obedecen a criterios de justicia o de oportunidad.

160. EL PREMIO COMO MEDIDA JURIDICA.—Siguiendo la opinión de Carnelutti, creemos que el término *sanción* debe reservarse para designar las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de un deber produce en relación con el violador. Esto no significa que desconozcamos la existencia de premios y recompensas, como consecuencias jurídicas de ciertos actos de mérito. Nuestro propósito estriba solamente en subrayar la conveniencia de restringir el empleo de aquel término al caso de las consecuencias jurídicas represivas. En cuanto al premio, estimamos que debe ser visto como una especie dentro del género de las medidas jurídicas. Tiende a fomentar el cumplimiento meritorio de las normas del derecho y, como toda medida jurídica, asume siempre la forma de una consecuencia normativa. Pero en vez de traducirse en deberes, implica facultades. La realización del acto meritorio faculta, en efecto, al

[35] En el derecho moderno no son raros los casos en que la realización de un acto meritorio tiene como consecuencia jurídica la obligación de ciertos órganos del Estado de conceder al autor de aquéllos un determinado premio. El caso típico está constituido por las leyes militares de ascensos y recompensas. En el Derecho Militar Mexicano, por ejemplo, existen las condecoraciones del Valor Heroico, del Mérito Militar, del Mérito Técnico y de Servicios Distinguidos, del Mérito Facultativo, del Mérito Docente, de Perseverancia, del Mérito Deportivo, creadas para premiar las virtudes y actos meritorios de los miembros del Ejército y Fuerza Aérea Nacionales (Art. 45 de la Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea Nacionales de 30 de diciembre de 1955).

[36] ANGELO DE MATTIA, obra citada, pág. 616.

sujeto, para reclamar el otorgamiento de la recompensa, a la vez que obliga a ciertos órganos del Estado a otorgarla. Los anteriores desenvolvimientos conducen, pues, a la conclusión de que hay tres clases de medidas jurídicas, a saber: *preventivas, represivas* y *recompensatorias* o *premiales.* Llamamos sanciones exclusivamente a las segundas.

CUARTA PARTE

LA TECNICA JURIDICA

CAPITULO XXII

APLICACION DEL DERECHO

SUMARIO

161. LA TECNICA JURIDICA.—Ya en el capítulo IX de esta obra dijimos que la Técnica Jurídica tiene por objeto el estudio de los problemas relacionados con la aplicación del derecho objetivo a casos concretos. Ha llegado el momento de estudiar más a fondo el concepto de Técnica Jurídica, a fin de preparar el examen detallado de aquellos problemas.

Comenzaremos por referirnos, de manera general, a la noción de técnica, para hablar después de la aplicación del derecho.

La palabra viene de la voz griega τέχνη, que significa arte. Las artes, no solamente las manuales e industriales, sino también las desinteresadas, o *bellas*, poseen siempre una técnica específica, que consiste en el empleo de medios para el logro de los fines que constituyen su esencia. No sólo existe la técnica del herrero o el ebanista, sino la del músico o el arquitecto, porque tanto éstos como aquéllos forzosamente han de valerse de procedimientos idóneos para la consecución de las finalidades que persiguen. Lo que llamamos *técnica (lato sensu)*, es precisamente la aplicación adecuada de medios para el logro de propósitos artísticos. Pero como la adecuación a que aludimos supone el conocimiento de la eficacia de los procedimientos empleados, y tal conocimiento es de orden científico, toda técnica genuina debe hallarse iluminada por las luces de la ciencia.

Incluso la más rudimentaria que imaginarse pueda, implica necesariamente un mínimum de saber y, en este sentido, es de índole científica. Una técnica no científica no es tal técnica, porque resulta incapaz de cumplir su destino o, lo que es igual, porque no permite la obtención de los fines a que se halla consagrada.

En la sección 8 de esta obra vimos cómo las reglas de las artes son juicios que expresan una *necesidad condicionada,* en cuanto señalan los caminos que es forzoso seguir, en la hipótesis de que se pretenda llegar a determinada meta.

Si aplicamos la noción al caso especial del derecho, podremos decir que la técnica jurídica consiste en el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos que aquél persigue. Pero como éstos se obtienen por formulación y aplicación de normas, tendremos que distinguir la *técnica* de *formulación* y la de *aplicación* de los preceptos del derecho. La primera, a la que suele darse el nombre de *técnica legislativa,* es el arte de la elaboración o formación de las leyes; la segunda atañe a la aplicación del derecho objetivo a casos singulares. El manejo de la legislativa se refiere, pues, esencialmente, a la realización de fines jurídicos generales; el de la de aplicación dirígese, en cambio, a la realización de finalidades jurídicas concretas. De lo dicho se colige que al hablar, en el capítulo IX de esta obra, de los problemas de la técnica jurídica, empleamos esta última expresión en un sentido restringido, puesto que limitamos su uso a las diversas cuestiones que la aplicación del derecho suscita. Aun cuando los problemas de la técnica legislativa son también muy importantes, la índole de esta obra nos impide estudiarlos. Así, pues, trataremos solamente de la jurídica *stricto sensu, o técnica de aplicación del derecho.*

Hemos dicho que los preceptos jurídicos constan de dos elementos, el *supuesto* y la *disposición.*[1] El supuesto es la hipótesis que al realizarse da nacimiento a las consecuencias normativas que la disposición señala; la disposición indica los deberes y derechos que la producción del supuesto engendra.

Este último es, por su misma índole, la enunciación de algo posible que, al convertirse en realidad, provoca consecuencias de derecho. El nacimiento de éstas depende de la producción del hecho que la hipótesis prevé. Por ello insistimos en la conveniencia de distinguir las nociones de supuesto jurídico y hecho jurídico.[2]

Cuando se producen las condiciones que integran el supuesto, *ipso facto* surgen determinadas consecuencias normativas, a saber: deberes y derechos.

Las consecuencias de que hablamos impútanse necesariamente a determinados sujetos, porque las cosas no pueden tener facultades ni asumir obligaciones. La realización de los supuestos jurídicos determina siem-

[1] Ver sección 88.
[2] Ver sección 87.

pre, de modo necesario, un cambio en el mundo del derecho, ya que implica el nacimiento, o la transmisión, o la modificación, o la extinción de facultades y obligaciones. En este sentido, aplicar una norma es formular un *juicio imputativo*, en relación con los sujetos que, a consecuencia de la realización del supuesto, resultan obligados o facultados.

162. DETERMINACION DE LOS SUJETOS.—Aun cuando la imputación no siempre ofrece problemas, a veces resulta muy difícil. Si, verbigracia, Juan y Pedro han celebrado un contrato de permuta, es evidente que las consecuencias jurídicas del negocio recaerán de modo necesario sobre Pedro y Juan. Mas, como arriba dijimos, la atribución de facultades y deberes no es, en todo caso, tan sencilla. Recuérdese la norma del derecho romano según la cual, si una teja es arrojada de una casa, y al caer mata a un transeúnte, el dueño del inmueble queda obligado a indemnizar a los deudos.[3] La disposición es en el caso sumamente clara: no hay duda ninguna de que el obligado por la realización del supuesto es el propietario de la casa. Pero la aplicación del precepto a un caso concreto exige la individualización o determinación del obligado, y ésta requiere, a su vez, el examen de un hecho jurídico distinto, condicionante del derecho de propiedad sobre el inmueble. Este hecho puede ser la celebración de un contrato de compraventa, o una donación, o una permuta, etc.

El ejemplo revela que la aplicación de un precepto jurídico a un caso concreto no se reduce a la comprobación de que un hecho realiza la hipótesis de aquél, dando origen a tales o cuales efectos, sino que exige, además, la atribución de las consecuencias normativas a sujetos determinados o, al menos, determinables.

En el acto de aplicación podemos distinguir, de acuerdo con la explicación precedente, dos momentos distintos:

1. La comprobación de que un hecho realiza la hipótesis de una norma;

2. La atribución o imputación de las consecuencias normativas a determinadas personas.

Adviértase que no se trata de una determinación en abstracto (pues tal determinación se encuentra ya en la disposición normativa), sino específica o concreta. Expresado en otro giro: trátase de la *individualización* de los sujetos pasibles de las obligaciones o titulares de los de-

[3] Ver R. SOHM, *Instituciones de Derecho Privado*, trad. de W. ROCES, Madrid, 1918, pág. 425. *(Actio de efusis vel dejectis.)*

rechos condicionados por el hecho jurídico. Volviendo al ejemplo diremos que la disposición normativa determina *in abstracto* al sujeto del deber (propietario de la casa) y a los titulares de facultades (deudos del transeúnte). Pero para aplicar la norma al caso no bastaba la comprobación de que una teja había sido arrojada de una construcción y matado a un hombre, sino que era indispensable, además, establecer quién era el propietario, y quiénes estaban facultados para exigir la indemnización.

La individualización de los sujetos supone, por tanto, la prueba de que el hecho jurídico les es imputable y, en ocasiones, la de otro diverso, por el cual han adquirido una calidad determinada, en cuya ausencia la imputación no podría realizarse. Ese hecho jurídico diverso es el *Bezeichnungstatbestand* de que habla Fritz Schreier, o *hecho jurídico de designación.*[4] Insistiendo en el ejemplo podemos decir que para imputar a un sujeto X la obligación de pagar una indemnización a los deudos de la persona herida por la teja, era necesario acreditar su carácter de propietario del edificio de donde ésta había sido lanzada. Y así como era indispensable, para aplicar la norma, determinar al sujeto pasivo de la relación, no menos necesario resultaba individualizar a los sujetos activos, o titulares del derecho.

Pero para la determinación de los sujetos sobre quienes recaen las consecuencias normativas no siempre es forzoso establecer la existencia de un hecho jurídico diverso. A menudo basta con probar que la realización del supuesto de la norma que pretende aplicarse ha sido provocada por determinado sujeto. Por ejemplo: el artículo 289 del Código Penal del Distrito Federal dice que "al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán tres días a cuatro meses de prisión, o multa de cinco a cincuenta pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez". En este caso basta con probar que el sujeto ha inferido la lesión para que pueda saberse a quién ha de aplicarse la pena. Pero tratándose de muchos otros delitos es imprescindible comprobar la existencia de los hechos de designación. Los ejemplos abundan: coalición de servidores (art. 216); cohecho (art. 223); peculado (art. 220); concusión (art. 218); delitos cometidos en la administración de justicia (art. 225); delitos de abogados (art. 231); delitos de médicos (art.228); incesto (art. 272); adulterio (art. 273); parricidio (art. 323); infanticidio (art. 325), etc.[5]

---

[4] *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, WIEN, 1924, pág. 142.
[5] Los artículos citados pertenecen al Código Penal del Distrito

En todos estos casos, además de la demostración de los elementos del delito, es indispensable probar una serie de hechos jurídicos de designación. Pues no hay adulterio sin matrimonio, incesto sin relación de ascendencia, peculado sin servicio público, delitos de jueces sin jueces, coalición sin funcionarios, etc.

El proceso de aplicación que hemos descrito supone la previa determinación de la norma que va a aplicarse. Declarar que hay una aplicable a un caso concreto significa que éste se encontraba previsto ya en aquélla. Pero tal cosa no siempre sucede. De aquí que, cuando se pretende establecer si un cierto hecho tiene o no consecuencias normativas, lo primero que debe hacerse es buscar la norma aplicable al mismo. La operación intelectual que en tal caso suele efectuarse consiste en generalizar el hecho en cuestión o, lo que es igual, concebirlo abstractamente, para investigar después si dentro de un ordenamiento jurídico determinado existe alguna norma que lo prevea. Si, por ejemplo, un trabajador presenta una demanda ante una Junta de Conciliación y Arbitraje, alegando que su patrón debe indemnizarle por un accidente que ha sufrido, al ir de su domicilio al lugar del trabajo, los miembros del Tribunal tendrán que preguntarse ante todo si en la Ley Federal del Trabajo existe alguna norma que obligue a los patrones a indemnizar a sus trabajadores cuando éstos sufran un accidente, no en el desempeño de sus labores, sino al dirigirse al lugar en que deben prestar sus servicios. Así, pues, toda aplicación de normas jurídicas supone lógicamente la existencia y determinación de éstas, en relación con los casos sujetos a estudio.

163. EL SILOGISMO JURIDICO.—El razonamiento de aplicación de los preceptos del derecho es de tipo silogístico. La premisa mayor está constituida por la norma genérica; la menor por el juicio que declara realizado el supuesto de aquélla, y la conclusión por el que imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias de derecho. Pongamos un par de ejemplos:

Premisa mayor: Al que cometa el delito de falsificación de moneda, se le aplicarán de seis meses a cinco años de prisión, y multa de cien a tres mil pesos (art. 234 del Código Penal del Distrito Federal)

Premisa menor: *X* ha cometido el delito de falsificación de moneda; luego,

Conclusión: deben aplicarse a *X* de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien a tres mil pesos.

Segundo ejemplo:

Premisa mayor: El que siembre, plante o edifique en finca propia,

con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de unas y otros, pero con la obligación de pagarlos en todo caso y de resarcir daños y perjuicios si ha procedido de mala fe (art. 897 del Código Civil del Distrito Federal).

Premisa menor: *Z* ha sembrado en su finca, con semillas de *Y*, pero sin proceder de mala fe; luego,

Conclusión: *Z* tiene la obligación de pagar a *Y* el importe de sus semillas, sin que éste pueda exigirle una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Hemos escogido adrede el ejemplo del artículo 234 del Código Penal vigente, para demostrar que el proceso de aplicación no siempre se reduce a un solo silogismo. La aplicación silogística de la norma contenida en tal artículo conduce a la conclusión de que al falsificador debe condenársele a prisión de seis meses a cinco años, y al pago de una multa de cien a tres mil pesos; pero ello no resuelve de modo cabal el caso concreto de *X*, porque la ley obliga al juez a fijar la pena dentro de ciertos límites, de acuerdo con las circunstancias especiales del hecho y, en primer término, tomando en cuenta las que enumera el artículo 52 del propio Código.[6] La sentencia que se dicte en contra del sujeto del ejemplo no podrá, pues, fundarse simplemente en el artículo 234, sino que habrá de aplicar otras disposiciones del mismo ordenamiento, como el ya citado artículo 52, el 51, que consagra el arbitrio judicial, y el 235, que define el delito de falsificación de moneda.

164. APLICACION PRIVADA Y APLICACION OFICIAL DE LAS NORMAS JURIDICAS.—La aplicación de las normas del derecho a casos concretos puede ser privada o pública. En el primer caso, tiene una finalidad de simple conocimiento; en el segundo (aplicación propiamente dicha), consiste en la determinación oficial de las consecuencias que derivan de la realización de una hipótesis normativa, con vistas a la ejecución o cumplimiento de tales consecuencias.

Todo particular puede preguntarse qué deberes o facultades habrá de producir la realización de un supuesto jurídico determinado, y a qué

[6] "En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta: 1º—La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido; 2º—La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas; 3º—Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

"El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso."

sujetos corresponderán tales facultades o deberes. Ahora bien: si quiere resolver este interrogante, tendrá que inquirir en primer término cuál es la disposición normativa, para individualizar después a las personas titulares de los derechos o pasibles de los deberes que el hecho jurídico produce. Así, por ejemplo, es posible que un sujeto *X*, que ha celebrado un contrato de prestación de servicios profesionales, se pregunte qué derechos o qué deberes existen en su favor o a su cargo, como consecuencia de la celebración del mismo contrato. Supongamos que el sujeto a quien el ejemplo se refiere, después de plantearse aquel problema, considera que tiene una cierta facultad que el otro contratante se niega a reconocer. En tal caso, la cuestión debe ser resuelta oficialmente, de acuerdo con el principio moderno de que nadie puede ser juez en causa propia, ni hacerse justicia por sí mismo. Los contratantes tendrán que ocurrir ante las autoridades competentes, para que éstas, aplicando el derecho al caso concreto, definan la situación jurídica incierta o controvertida y, si ello resulta necesario, hagan efectivos los derechos y obligaciones judicialmente declarados.

Pero, en ambos casos, el procedimiento de aplicación es el mismo. La diferencia no está en el método empleado para llegar al fin propuesto, sino en la eficacia de las dos especies de aplicación. Pues aun cuando desde el punto de vista de la ciencia y la técnica jurídicas, la privada o doctrinal sea correcta, sólo la oficial liga a las partes. Esto es lo que quiere expresarse cuando se afirma que la cosa juzgada es la verdad legal. Frente a la verdad legal, o aplicación oficial definitiva del derecho a un caso concreto, la aplicación doctrinal ofrece el valor de una opinión no obligatoria, que puede ser correcta o incorrecta. Hablamos de aplicación oficial definitiva porque, como es bien sabido, casos hay en los cuales una primera aplicación oficial puede ser modificada por otra autoridad, en una instancia superior (apelación, revisión, etc.). Sólo cuando no se hace uso de los recursos legales dentro del término señalado, o cuando, en la hipótesis contraria, la cuestión es resuelta en última instancia, tiene la aplicación oficial carácter inmodificable.

165. PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL PROCESO DE APLICACION. —Las cuestiones fundamentales que la aplicación del derecho objetivo a casos concretos puede provocar son, según dijimos en la sección 68, las cinco siguientes:

1. Determinación de la vigencia.
2. Interpretación.
3. Integración.

4. Retroactividad.
5. Conflictos de leyes en el espacio.

En la sección 25 de esta obra, al referirnos al proceso legislativo, hablamos ya de la iniciación de la vigencia, y en la 47 indicamos las reglas concernientes a su extinción. Lo expuesto en ambas viene a complementar las ideas desarrolladas en la sección 22, en torno a los conceptos de derecho vigente y derecho positivo. Por ello consideramos inútil repetir lo dicho, ya que el primero de los cinco problemas enumerados ha sido discutido por nosotros. Nos limitamos a remitir al lector a las citadas secciones y únicamente abordaremos, en los capítulos subsecuentes, los otros cuatro problemas.

CAPITULO XXIII

EL CONCEPTO DE INTERPRETACION

SUMARIO

166. LA INTERPRETACION EN GENERAL Y LA INTERPRETACION DE LA LEY.—La interpretación de la ley es una forma *sui géneris* de interpretación o, mejor dicho, uno de los múltiples problemas interpretativos. Pues no sólo se puede interpretar la ley sino, en general, toda expresión que encierre un sentido. Se habla, por ejemplo, de interpretación de una actitud, una frase, un escrito filosófico, un mito, una alegoría, etc. De ello se infiere la necesidad de conocer en primer término el concepto general de interpretación, para iniciar posteriormente el examen de la de los textos legales, problema que, como acabamos de indicarlo, no es sino una de las numerosas cuestiones interpretativas que el hombre se plantea.

El problema que consiste en determinar qué sea la interpretación no es exclusivamente jurídico. Trátase de un interrogante de orden filosófico, que naturalmente cabe plantear concretamente, en relación con los preceptos de un determinado sistema de derecho.

167. CONCEPTO DE INTERPRETACION.—Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de *signos;* por ello tiene *significación.*

En relación con este punto conviene distinguir, de acuerdo con los finos análisis de Edmundo Husserl, los siguientes elementos:

1º *La expresión en su aspecto físico* (el signo sensible; la articula-

ción de sonidos en el lenguaje hablado, los signos escritos sobre el papel, etcétera).

2º *La significación.* Lo que la expresión significa es el sentido de la misma. Parece que la significación es el *objeto* a que la expresión se refiere, pero no es así, porque entre la expresión y el objeto hay un elemento intermedio: la *significación.*

3º *El objeto.* "La necesidad de distinguir la significación del objeto resulta clara cuando, después de comparar diversos ejemplos, nos percatamos de que varias expresiones pueden tener la misma significación, pero objetos distintos; o de que es posible que tengan significación diferente, pero el mismo objeto. Naturalmente que existe también la posibilidad de que difieran en ambos sentidos o en ambos coincidan. Lo último ocurre en el caso de las expresiones tautológicas, por ejemplo, tratándose de denominaciones con igual significado, tomadas de diversas lenguas (*London, Londres, dos, deux, zwei, duo*, etc.)." [1]

Los citados elementos no siempre se hallan unidos.

Hay, verbigracia, expresiones sin significación, como *Abracadabra.* En este caso tampoco hay objeto, ni intuición.

Existen algunas expresiones que, teniendo sentido, carecen de objeto. Ejemplos: cuadrado redondo, triángulo de ocho lados.

Algunas veces la expresión posee un significado y corresponde a un objeto, pero relativamente a éste no hay una intuición sensible: objetos irreales, por ejemplo: centauro, espectro, sirena.

Las expresiones diferentes pueden tener el mismo sentido. Se habla entonces de *expresiones sinónimas.*

El caso inverso también es posible: expresiones iguales con significaciones diferentes *(equívocos).*

Se dice que las expresiones son *equivalentes* cuando, siendo diversas las significaciones, refiérense al mismo objeto. "Los ejemplos más claros de la distinción entre significación y relación con el objeto nos los brindan los nombres. Dos nombres pueden significar cosas diferentes, pero designar lo mismo; así, por ejemplo, el Vencedor de Jena, el Vencido de Waterloo; el triángulo equilátero, el triángulo equiángulo. La significación expresada es diferente en esas parejas, pero sus términos se refieren a un mismo objeto." [2]

---

1 HUSSERL, *Investigaciones Lógicas,* tomo II, pág. 54, trad. MORENTE y GAOS.
2 HUSSERL, *Investigaciones Lógicas,* trad. MORENTE y GAOS, tomo II, pág. 53.

168. LA INTERPRETACION DE LA LEY. CONCEPTO.—Si aplicamos las anteriores ideas al caso especial de la interpretación de la ley, podremos decir que interpretar ésta es descubrir el sentido que encierra. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los "artículos" de los Códigos.

Pero la expresión puede hallarse constituida, en su aspecto físico, por palabras habladas, e incluso por signos de otra especie (flechas indicadoras, señales luminosas, ademanes, etc.).

Lo que se interpreta no es la materialidad de los signos, sino el sentido de los mismos, su *significación.*

La de los preceptos legales no ha de confundirse con el *objeto* a que se refieren.

Pongamos un ejemplo: si un texto legal dispone que "el que compra una cosa tiene el derecho de exigir del vendedor la entrega de ésta", el *sentido* del precepto no se confunde con la *situación objetiva* a que el mismo se refiere, es decir, con el *hecho* de que el comprador tenga, frente a la otra parte, la facultad de exigirle la entrega de la cosa. Si, en vez de referirse al aspecto activo de la relación, el legislador aludiese al otro aspecto del vínculo, el segundo precepto tendría *distinta significación,* mas no por ello dejaría de referirse a *la misma situación objetiva.* Las normas: "el comprador tiene el derecho de exigir del vendedor la entrega de la cosa" y "el vendedor tiene el deber de entregar la cosa al comprador" son, pues, *equivalentes,* en el sentido lógico del vocablo, porque, si bien poseen distintas significaciones, hacen referencia al mismo vínculo jurídico.

Las significaciones varían, en el caso del ejemplo, porque el primer precepto alude al aspecto activo, en tanto que el otro refiérese al lado pasivo de la regulación. La bilateralidad, característica esencial de la jurídica, permite encontrar en todo caso expresiones *equivalentes* a las usadas por el autor de la ley.[3]

169. EL SENTIDO DE LA LEY.—El problema capital de la teoría de la interpretación es saber qué debe entenderse por sentido de la ley.

Una de las soluciones propuestas, en relación con el problema, consiste en afirmar que el sentido de la ley no puede ser sino la voluntad del legislador. Los defensores de tal postura argumentan de este modo: la ley es obra del poder legislativo; éste se vale de ella para establecer

[3] Ver sección 9.

el derecho; en consecuencia, su sentido debe ser el que su autor pretendió darle. Habrá, pues, que investigar lo que el legislador quiso decir, ya que la ley es expresión suya.[4]

La tesis se basa en el supuesto de que la legislación, como acto expresivo, debe imputarse a la voluntad de los legisladores o, lo que es igual: que *es derecho lo que éstos quieren.* No se advierte que lo querido por el legislador no coincide en todo caso con lo *expresado en la ley.* Pues lo que aquél pretende es expresar algo, que en su concepto debe ser derecho; mas para expresarlo tiene que valerse de un conjunto de signos que otras personas habrán de interpretar, y cuya significación no depende, sino en muy pequeña escala, del mismo legislador. Si éste emplease un conjunto de signos de su exclusiva invención, y pudiese prescindir del complejo de significaciones que tienen vigencia en una determinada época y un lugar determinado, su obra resultaría ininteligible.

Lo que un sujeto expresa no es, *a fortiori,* lo que pretendía expresar. Puede haber una inadecuación entre la intención de aquél y los medios de que se vale para formular su pensamiento. Y lo susceptible de interpretación no es la intención real del sujeto, sino las formas expresivas que emplea.

"Un acertijo puede tener, junto a la solución que su autor pensara, todavía otra segunda no pensada por él y que puede ser acertada como la primera: y una jugada aislada de ajedrez puede tener, posiblemente en la conexión de todo el juego, un sentido completamente diferente de aquel que creyó el que la jugaba. Semejante a esta marcha en el ajedrez, que no está solamente determinada por el jugador, es toda proposición cuando hablamos. 'El lenguaje piensa y rima por nosotros', es decir, cuando yo hablo y pienso, introduzco mis pensamientos en un mundo de pensamientos que tiene su propia y singular legislación. Tan cierto como no estoy en situación de crearme un lenguaje y un mundo conceptual para mí solo, es igualmente verdad que lo que expreso lo pongo bajo las leyes propias del mundo conceptual en que me muevo, es decir, uno a toda expresión ciertas relaciones conceptuales de las que no me está permitido alejarme."[5]

[4] "Una expresión sin significación no es, pues, propiamente hablando, una expresión; en el mejor caso sería algo que suscita la pretensión o la apariencia de ser una expresión, no siéndolo, si se la examina de cerca. Aquí podemos colocar los sonidos articulados que suenan a palabras, como abracadabra; y, por otra parte, los complejos de expresiones reales, a los que no corresponde ninguna significación unitaria, siendo así que parecen pretenderla por el modo como se manifiestan exteriormente. Por ejemplo: "Verde lo casa." EDMUNDO HUSSERL. *Investigaciones Lógicas.* trad. de MORENTE y GAOS, tomo II, pág. 60.

[5] RADBRUCH, *Filosofía del Derecho,* pág. 154 de la versión de MEDINA ECHAVARRÍA.

Lo que cabe interpretar no es la voluntad del legislador, sino el texto de la ley. Esto no significa que la interpretación haya de ser puramente gramatical, pues la significación de las palabras que el legislador utiliza no se agota en su sentido lingüístico. Para percatarse de ello basta con pensar en la equivocidad de muchos de los términos que maneja y, sobre todo, en la necesidad en que se encuentra de usar vocablos que poseen una significación propiamente jurídica, no creada por él, y que se halla en conexión con muchas otras del mismo sistema de derecho.

Frente a la interpretación del primer tipo, que Radbruch llama *filológico-histórica*, existe la *lógico-sistemática*, que no busca la intención (puramente subjetiva) del legislador, sino el sentido lógico objetivo de la ley, como expresión del derecho. De acuerdo con esta segunda postura, los textos legales tienen una significación propia, implícita en los signos que los constituyen, e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores.[6] Tal significación no sólo depende de lo que las palabras de la ley por sí mismas expresan, sino de las conexiones sistemáticas que necesariamente existen entre el sentido de un texto y el de otros que pertenecen al ordenamiento jurídico de que se trate. La ley no es ya considerada como expresión de un querer *(a fortiori subjetivo)*, sino como formulación del derecho *objetivo.*

Entre estas dos posiciones antitéticas existe una enorme gama de doctrinas intermedias, que acentúan ya el uno, ya el otro de los puntos de vista extremos. Más adelante discutiremos algunas de ellas.

170. AUTORES DE LA INTERPRETACION.—La interpretación no es labor exclusiva del juez; cualquier persona que inquiera el sentido de una disposición legal puede realizarla. Pero la calidad del intérprete no es indiferente, al menos desde el punto de vista práctico, porque no toda interpretación es obligatoria. Así, por ejemplo, si el legislador, mediante una ley, establece en qué forma ha de entenderse un precepto legal, la exégesis legislativa obliga a todo el mundo, precisamente porque su autor, a través de la norma secundaria interpretativa, así lo ha dispuesto. Si es el juez quien interpreta un precepto, a fin de aplicarlo a un caso concreto, esa interpretación no adquiere obligatoriedad general, pero sirve, en cambio, de base a una norma individualizada: el

6 "Cada significación verbalmente expresada en la ley está en conexión con otras significaciones no expresadas y, en rigor, en conexión con la totalidad del orden jurídico positivo. Y, si bien las significaciones expresadas en la ley, son las que primero se perciben, ellas no son las más importantes, porque están condicionadas por otras." CARLOS COSSIO, *El sustrato filosófico de los métodos interpretativos*, Santa Fe, Arg., 1940, pág. 17.

fallo que en la especie se dicte.[7] Si, por último, un abogado, o un particular cualquiera, interpretan una disposición legislativa, su interpretación (correcta o incorrecta) tiene un simple valor doctrinal y, por ende, a nadie obliga.

En el primer caso háblase de *intepretación auténtica;* en el segundo, de *interpretación judicial* o *jurisprudencial,* y, en el tercero, de *interpretación doctrinal* o *privada.* Las dos primeras tienen, en cambio, carácter *oficial* o *público.*

En el caso de la jurisprudencia obligatoria, tratándose de ciertos tribunales (como la Corte entre nosotros), las tesis por ellos establecidas obligan a autoridades inferiores y, en este sentido, pueden ser consideradas como *normas de interpretación* de ciertas leyes. Hay que distinguir con todo cuidado las *resoluciones individuales* que al repetirse forman la jurisprudencia, y las *tesis* contenidas en tales resoluciones. En la sección 33 vimos cómo las ejecutorias dictadas por las Salas y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia pueden formar jurisprudencia cuando concurren los requisitos formales que señalan los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo. En el caso de las Salas, por ejemplo, cinco sentencias en un mismo sentido, no interrumpidas por otra en contrario, forman jurisprudencia si han sido aprobadas, cuando menos, por cuatro de los ministros de la propia Sala. Pero la tesis contenida en ellas, es decir, la *jurisprudencia obligatoria,* posee alcance diverso del que corresponde a los cinco fallos invidualmente considerados. Pues mientras éstos son normas individualizadas, referidas concretamente al caso que resuelven, la jurisprudencia obligatoria equivale a una norma general de interpretación o de integración, que obliga a las mismas Salas; a los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito; a los Juzgados de Distrito; a los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o federales.

. ...

171. INTERPRETACIÓN DE PRECEPTOS GENERALES Y DE NORMAS INDIVIDUALIZADAS.—La labor hermenéutica no se refiere únicamente a los preceptos legales de general observancia, sino que puede hallarse diri-

[7] Ver sección 42.
[8] Ver sección 33.

gida hacia el descubrimiento de normas individualizadas. Esto sucede, por ejemplo, cuando se interpreta un contrato, un testamento o una resolución administrativa. Interpretar un contrato es inquirir la significación o sentido de sus cláusulas, con el propósito de descubrir la norma contractual. Lo mismo que en el caso de las leyes, en el de los contratos, testamentos, resoluciones administrativas, etc., hay que distinguir la expresión de la norma y la norma expresada. La diferencia consiste en que en el caso de la ley la norma expresada es general y abstracta, mientras que, en el otro, se trata de normas que obligan a personas individualmente determinadas.

172. METODOS Y ESCUELAS DE INTERPRETACION.—Hasta ahora nos hemos limitado a definir la labor interpretativa y a señalar su fin, mas nada sabemos de los métodos de que el intérprete debe valerse.

La interpretación es un arte y, consecuentemente, posee una técnica especial. Pero como toda técnica supone el correcto empleo de una serie de medios, para la obtención de ciertos fines, resulta indispensable estudiar los métodos interpretativos, ya que el buen éxito de la actividad del intérprete dependerá de la idoneidad de los procedimientos que utilice.

En lo que toca a la cuestión metodológica, las discrepancias de los autores no son menos profundas que en lo que atañe al concepto de la interpretación y a la definición del sentido de la ley. Y es que la idea que del sentido de la ley se tenga, necesariamente influye sobre la elección de los procedimientos interpretativos. Si, verbigracia, se considera que la interpretación posee como fin el descubrimiento de la voluntad del legislador, el estudio de los trabajos preparatorios y de las exposiciones de motivos adquirirá importancia incomparablemente mayor que la que se le concede dentro del marco de una concepción lógico-sistemática del orden legal.

Los métodos hermenéuticos son numerosísimos. Las diferencias entre ellos derivan fundamentalmente de la concepción que sus defensores tienen acerca de lo que debe entenderse por sentido de los textos, así como de las doctrinas que profesan sobre el derecho en general.

Las diversas escuelas de interpretación parten de concepciones completamente distintas acerca del orden jurídico y del sentido de la labor hermenéutica. No es, pues, extraño que los métodos que proponen difieran de manera tan honda.[9]

---

[9] El profesor argentino CARLOS COSSIO ha hecho una interesante clasificación de los métodos interpretativos, atendiendo a su fundamentación filosófica, en la obra titulada *El sustrato de los métodos interpretativos*, Santa Fe, Arg., 1940.

En las páginas que siguen estudiaremos las principales escuelas de interpretación y, después de referirnos a cada una de ellas, trataremos de establecer su valor, para estar más tarde en condiciones de exponer con pleno conocimiento de causa nuestro punto de vista.

CAPITULO XXIV

EL METODO EXEGETICO

SUMARIO

173. LA INTERPRETACION COMO EXEGESIS DE LA LEY.—Comenzaremos nuestro estudio de los principales métodos hermenéuticos con una breve exposición del *tradicional* o *exegético*. Para realizarla seguiremos paso a paso, con la mayor fidelidad posible, el resumen de las doctrinas de la Escuela de la Exégesis contenido en el primer volumen de la magistral obra de François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.*

El pensamiento inspirador de la citada escuela fue por vez primera formulado en la memoria *L'autorité de la loi*, leída por el jurista francés Blondeau en el año de 1841, ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Según Blondeau, las decisiones judiciales deben fundarse *exclusivamente en la ley.* El mencionado jurisconsulto admite la interpretación, pero sólo en el sentido de *exégesis de los textos.* Consecuente con su punto de partida, rechaza "las falsas fuentes de decisión, con las cuales se pretende substituir la voluntad del legislador": precedentes, usos no reconocidos legalmente, consideraciones de utilidad general, equidad, adagios, doctrinas, etc. Y llega al extremo de sostener que si el juez se encuentra ante leyes contradictorias, que hagan imposible descubrir la voluntad del legislador, debe abstenerse de juzgar, considerar tales preceptos como no existentes y rechazar la demanda.

La idea de que toda interpretación es siempre exégesis de los textos, domina y dirige las enseñanzas de los más ilustres jurisconsultos franceses de la segunda mitad del siglo pasado: Demante, Marcadé, Demolombe, Aubry et Rau, Laurent y Baudry-Lacantinerie.

Entre los argumentos invocados en apoyo de esta tesis, figura en primer término el de que la riqueza de la legislación, a partir de la

época de las grandes codificaciones y, sobre todo, desde la promulgación del Código Napoleón, hace casi imposible la existencia de casos no previstos. "Aquellos en que la ley es realmente omisa son sumamente raros, y su solución puede casi siempre hallarse recurriendo a la analogía." [1] Como la ley es para los defensores de la doctrina que exponemos expresión de la voluntad legislativa, la interpretación de los preceptos legales debe reducirse a la búsqueda del pensamiento de su autor. Esta tarea, cuyo fin último consiste en descubrir la intención de los legisladores, es precisamente lo que se llama exégesis. Hay que seguir paso a paso, decía Demolombe, los textos legales, hasta encontrar el pensamiento de quienes los formularon.

La interpretación es, pues, desde ese punto de vista, aclaración de los textos, no "interpretación del derecho". Ignoro el derecho civil —solía exclamar Bugnet—, "sólo conozco el Código Napoleón".[2]

174. EL METODO EXEGETICO.—La labor de exégesis no es siempre difícil. El texto legal puede ser claro, tan claro que no surja ninguna duda sobre el pensamiento de sus redactores. En tal hipótesis, debe aplicarse en sus términos. "Cuando una ley es clara, no es lícito eludir su letra, so pretexto de penetrar su espíritu." [3] En esta coyuntura, la interpretación resulta puramente *gramatical*.

Algunas veces, sin embargo, la expresión es oscura o incompleta. Entonces no basta el examen gramatical, y es necesario echar mano de la llamada *interpretación lógica*. Su fin estriba en descubrir el espíritu de la ley, "para controlar, completar, restringir o extender su letra". [4] Habrá que buscar el pensamiento del legislador en un cúmulo de circunstancias extrínsecas a la fórmula y, sobre todo, en aquellas que presidieron su aparición. Los medios auxiliares de que el intérprete debe valerse para lograrlo, son los siguientes:

1. Examen de trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias.

2. Análisis de la tradición histórica y de la costumbre, a fin de conocer las condiciones que prevalecían en la época en que la ley fue

---

[1] TH. HUC., *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, I, 1892, pág. 165, citado por GÉNY, *Méthode*, I, pág. 30.

[2] Cita de GÉNY, *Méthode*, pág. 30.

[3] FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, tomo I, pág. 7, citado por GÉNY, *Méthode*, I, pág. 30.

[4] Frase de Jhering, citada por GÉNY, *Méthode*, I, pág. 32.

elaborada, así como los motivos que indujeron al legislador a establecerla.

3. Si estos medios resultan infructuosos, habrá que valerse de procedimientos *indirectos*. Entre ellos figuran en primera línea el recurso a la equidad y la aplicación de los principios generales del derecho. La equidad no debe ser para el exégeta fuente inmediata y directa de inspiración, sino criterio que permite descubrir las consideraciones de utilidad y justicia en que el legislador *debió inspirarse*. Lo que se busca es, pues, la voluntad —real o presunta— de los redactores de la ley. Los principios generales del derecho son concebidos como un conjunto de ideales de razón y justicia que el legislador ha de tener presentes en todo caso. De ello se infiere que pueden servir para completar la expresión de su pensamiento.

175. CASOS NO PREVISTOS.—Los procedimientos que hemos descrito no siempre permiten, por desgracia, descubrir el sentido de la ley. Pues hay situaciones que el legislador no pudo prever. Pero, aun en esta hipótesis, la fórmula legal es susceptible de procurar la solución que se busca. Hay entonces que utilizar los recursos que brinda al intérprete la lógica formal. Enumeremos los más importantes:

1. *Argumento a contrario.*—Cuando un texto legal encierra una solución restrictiva, en relación con el caso a que se refiere, puede inferirse que los no comprendidos en ella deben ser objeto de una solución contraria. Ejemplo: el artículo 8º de la Constitución Federal establece que, en materia política, "sólo podrán hacer uso del derecho de petición los ciudadanos de la República". Interpretando *a contrario* el precepto citado llégase lógicamente a la conclusión de que los no ciudadanos, un extranjero, verbigracia, o un menor, no pueden hacer uso, en materia política, de tal derecho.

2. *Argumentos a pari, a majori ad minus, a minori ad majus.*—Estos argumentos constituyen, en su conjunto y combinación, lo que se llama *razonamiento de analogía*. Los argumentos de esta índole se basan en la idea de que en todos aquellos casos en que existe una misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma. *(Ubi eadem ratio, idem jus)*. Para que la aplicación del razonamiento analógico sea correcta, no basta la simple semejanza de dos situaciones de hecho, una prevista y otra no prevista por la ley; requiérese asimismo que la razón en que la regla legal se inspira, exista igualmente en relación con el caso imprevisto.

Lo que puede justificar la aplicación por analogía es, pues, "la identidad jurídica substancial". La aplicación se realiza bien porque existe igualdad o paridad de motivos (argumento *a pari)*, bien porque hay una mayor razón (argumento *a minori ad majus)*, bien porque lo que ocurre es precisamente lo contrario (argumento *a majori ad minus)*. "Todos estos argumentos son aplicaciones diferentes del mismo procedimiento científico, y suponen siempre el análisis profundo de las disposiciones de la ley, con vistas al descubrimiento de la razón fundamental que la ha inspirado *(ratio juris)*. Descubierta la *ratio juris*, la aplicación extensiva es posible, a menos de que la disposición legal consagre una excepción *(exceptio est strictissimae interpretationis)*." [5]

En los casos señalados presúmese siempre la existencia de una voluntad legislativa. "Cuando nos permitimos extender por analogía una fórmula legal a casos no previstos en ella, lo hacemos convencidos de que el legislador habría querido lógicamente la solución, si hubiera podido conocer la misma hipótesis". [6]

176. PAPEL DE LA COSTUMBRE Y LA EQUIDAD.—¿Qué debe hacerse cuando no bastan los recursos de la lógica para descubrir el pensamiento del legislador? ¿Es lícito atender a la costumbre o tomar en cuenta criterios de equidad?...

En este punto no coinciden las opiniones de los juristas de la Escuela de la Exégesis.

En lo que a la costumbre toca, casi todos ellos niegan que sea verdadera fuente del derecho. Partiendo de la doctrina de la división de poderes, preconizada por Montesquieu, sostienen que la formulación del derecho incumbe exclusivamente al poder legislativo. Sólo será lícito recurrir a la costumbre cuando la ley así lo disponga, o cuando, en caso de duda, el examen de aquélla permita descubrir el pensamiento del legislador. Esta posición no es, sin embargo, defendida por todos los juristas franceses del siglo XIX. Entre los opositores habrá que citar a Demante *(Cours analitique*, núms. 20 y 30, t. I, págs. 11 y 15); A. Boistel *(Cours de philosophie du droit*, 1899, núm. 518, t. II, páginas 413-415) y Ch. Beudant *(Cours de droit civil français*, Introducción, 1896, núms. 54-56, págs. 61-65, y núm. 105, págs. 110-112). "Valiéndose de ejemplos tomados de la experiencia jurídica, Ch. Beudant nos mostraba la vanidad de una opinión que, por desconocer la fuerza creadora de esta fuente primordial del derecho, choca, a pesar

[5] GÉNY, obra citada, I, pág. 35.
[6] GÉNY, *Méthode*, I, pág. 35.

de los esfuerzos dialécticos de sus partidarios, con una práctica imperiosa e indispensable." [7]

La actitud de los seguidores de la Escuela Exegética no es muy diferente en lo que atañe a los principios generales del derecho. ¿Qué ha de hacer el intérprete en aquellos casos —raros, pero de realización posible— en que la ley ofrece lagunas, y éstas no pueden colmarse con el auxilio de la analogía? Algunos autores, como Blondeau, Huc y Demolombe,[8] sostienen que, en semejante hipótesis, debe el juez rechazar la demanda, ya que el actor no puede invocar, para fundarla, una ley positiva. Pero esta solución extrema no está de acuerdo con el principio contenido en el artículo 4 del Código civil francés, según el cual ningún juez debe abstenerse de juzgar, so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los textos legales. Por esta razón casi todos los exégetas se apartan en este punto de la opinión de Blondeau, y estiman que los jueces deben llenar las lagunas de la ley de acuerdo con los principios de justicia y equidad que se supone inspiran en todo caso la obra del legislador. Pero —como dice Gény— "esta concesión es hecha de mala gana, como algo irremediable, cuyo alcance se procura restringir con la afirmación, más o menos sincera, de que la equidad podrá encontrarse en la ley misma, en germen al menos, gracias a razonamientos de tipo inductivo".[9]

177. CRITICA DE GENY AL METODO TRADICIONAL.—Las conclusiones a que llega la Escuela de la Exégesis derivan de una falsa idea sobre la importancia y el sentido de la legislación y las codificaciones.

El legislador no puede atribuirse el monopolio de la formulación del derecho, porque su actividad tropieza con una serie de barreras insuperables, que derivan de la naturaleza misma de las cosas. A estas limitaciones aluden los ingleses cuando afirman que el Parlamento puede hacerlo todo, menos convertir a una mujer en hombre o a un hombre en mujer. Por lo demás, los partidarios de la Escuela Exegética reconocen algunas restricciones de este tipo, al sostener, por ejemplo, que si dos disposiciones legales contemporáneas ofrecen una contradicción irreductible, hay que considerar que se destruyen recíprocamente, dejando una laguna que es necesario colmar.

Por otra parte, si se acepta que la ley emana de la inteligencia y la voluntad humanas, y que esta voluntad y esa inteligencia, por regla general colectivas, se expresan en fórmulas concebidas en el mismo len-

---

[7] GÉNY. *Méthode*. I. pág. 38.
[8] Citados por GÉNY. *Méthode*, pág. 39.
[9] GÉNY, obra citada, pág. 39.

guaje de aquellos a quienes se dirigen, no es posible dejar de admitir dos limitaciones:

1. En primer lugar, deberá reconocerse que la ley, como obra humana, es forzosamente incompleta, por grande que sea la perspicacia de sus redactores.

2. Habrá que tener en cuenta, en segundo término, que se manifiesta siempre a través de ciertas fórmulas, que suelen ser interpretadas por otras personas. Éstas no podrán llegar directamente al conocimiento de la voluntad del legislador, sino que tendrán que dirigir su atención hacia la fórmula legal. "Sucede con la voluntad colectiva, expresada en la ley, lo que con cualquier voluntad privada que se manifieste en un acto jurídico solemne, un testamento, por ejemplo. El testador no puede dar eficacia a sus últimas voluntades si no es concibiéndolas y manifestándolas con claridad suficiente, a través de la fórmula consagrada por la solemnidad del acto sucesorio. Siendo extrañas a éste, no es posible desprenderlas de su fórmula sino gracias al esfuerzo de una individualidad distinta, que debe, en realidad, substituirse a la del autor del acto. De lo contrario, permanecerían inoperantes, y no podrían pretender que se les reconociese como legítimas." [10]

[10] GÉNY, *Méthode*, I, pág. 120.

CAPITULO XXV

INTERPRETACION E INTEGRACION, SEGUN GENY

SUMARIO

178.—La ley escrita y su interpretación. 179.—Límites de la interpretación de la ley propiamente dicha. 180.—Papel de la analogía. 181.—La costumbre como fuente formal. 182.—La libre investigación científica.

178. LA LEY ESCRITA Y SU INTERPRETACION.—Parte Gény del principio de que la finalidad de la interpretación de la ley estriba en descubrir el pensamiento del legislador. En este punto coincide totalmente con la tesis de la Escuela Exegética. Mas no acepta que la legislación sea la única fuente del derecho, ni que pueda prever todas las situaciones jurídicas posibles. Se opone, igualmente, a la doctrina de la Escuela Histórica, según la cual, la ley, una vez formulada, independízase de sus autores y empieza una vida propia, sujeta a la influencia de todos los cambios que traen consigo la evolución social y el progreso de las ideas. Y categóricamente afirma que para interpretar los textos legales hay que remontarse al momento en que fueron formulados, en vez de tomar en cuenta las circunstancias existentes en el de la aplicación. "Interpretar la ley equivale simplemente a investigar el contenido de la voluntad legislativa, con el auxilio de la fórmula que la expresa. Y —*mientras se permanezca en la esfera de la interpretación propiamente dicha*— esta investigación debe hacerse sin *idea preconcebida* sobre su adaptación más o menos completa al medio social a que debe aplicarse, o sobre la perfección más o menos ideal de la regla por descubrir. No quiero decir, por supuesto, que el intérprete deba eliminar de su horizonte tales elementos; sólo afirmo que únicamente puede servirse de ellos para esclarecer el diagnóstico de la voluntad del legislador, no para dirigir o rectificar esta voluntad." [1] (Otra cosa sucede cuando el caso no ha sido previsto, pues entonces se trata de colmar una laguna, no de interpretar la ley.)

---

[1] GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, pág. 265.

Pretender interpretar ésta en función de las necesidades del momento en que la aplicación ha de realizarse, equivale, según Gény, a substituir la voluntad del legislador por las convicciones del intérprete, y no es, por tanto, verdadera interpretación, sino falsificación de la voluntad legislativa. El contenido de la ley no puede ser otro que el que sus autores quisieron y pudieron expresar.

Si la interpretación se hiciera depender de las circunstancias dominantes en el momento de la aplicación, la seguridad jurídica no podría existir, porque el sentido de los textos cambiaría constantemente. "El estado social contemporáneo del juez no debe pesar sobre la interpretación del texto legal, sino cuando éste expresa una noción variable y fugaz por naturaleza, como la de *orden público*, por ejemplo. Interpretar semejante noción de acuerdo con las ideas reinantes en la época de la *aplicación* no es comprometer la fijeza de la ley, puesto que ella misma ha reconocido la contingencia y relatividad de este elemento, cuya apreciación deja al intérprete."[2] Pero en todos los demás casos, la interpretación deberá hacerse tomando en cuenta la época en que la ley fue elaborada.

Establecido el anterior principio, critica Gény la distinción entre interpretación gramatical e interpretación lógica. Una y otra se complementan necesariamente, pues la gramatical debe ser lógica, y la lógica partir del estudio de los textos. La única distinción que le parece fecunda es la que consiste en separar la interpretación que se realiza por la fórmula del texto, de aquella otra que se efectúa con ayuda de elementos extraños.

Es claro que el intérprete debe primordialmente atender a la fórmula de que el legislador se ha valido. Como todo lenguaje humano, el verbo de la ley es sólo un instrumento, cuyo fin estriba en expresar algo.

Si el sentido se desprende claramente de la fórmula y no se halla contradicho por ningún elemento exterior, el intérprete debe aplicarla sin vacilación ninguna.[3]

La interpretación de la ley ha de hacerse en función de la voluntad de sus autores, pero es necesario descubrir todo el contenido de esa voluntad. Cuando el legislador dicta una ley, valiéndose naturalmente de una fórmula general y abstracta, sólo tiene presentes unos cuantos casos concretos. Quizá no ha podido prever otras aplicaciones de la misma. En semejante hipótesis sería indebido restringir la aplicación a los casos que aquél pudo realmente tener en cuenta, ya que su voluntad

[2] GÉNY, obra citada, I, pág. 272.
[3] GÉNY, obra citada, I, pág. 277.

se hallaba orientada hacia el establecimiento de un precepto general. La fórmula debe aplicarse, por tanto, a todos los casos que abarca.

En esta búsqueda de la voluntad legislativa juega la lógica un papel importante. Pues el legislador se vale del lenguaje común y procede de manera inteligente. Además, el texto aparece ante el intérprete no como proposición aislada, reducida a sus términos de manera indispensable, sino como parte de un todo. Por esta razón, mientras más complejas y numerosas son las leyes, mayor es el campo reservado a la lógica en la tarea interpretativa. Ello se advierte de manera especial en las codificaciones, ya que los preceptos que las integran se encuentran sistematizados y se relacionan unos con otros tanto material como cronológicamente. De aquí que el sentido de un texto dependa muchas veces de la significación y alcance de otros varios, con los que se relaciona y complementa.

El área de la interpretación de la ley sería demasiado estrecha, si el intérprete debiera en todo caso limitarse estrictamente al texto mismo, y tuviese que prescindir de cualquier elemento externo.

A menudo es necesario, para descubrir la voluntad del legislador, tomar en cuenta elementos extrínsecos, que aclaran el sentido y alcance de la fórmula. Estos elementos son de muy diversa índole.

En primer lugar, conviene examinar la finalidad perseguida por el legislador, es decir, las circunstancias sociales, económicas, técnicas, etcétera, para las cuales la ley fue elaborada, así como los problemas que su autor pretendió resolver. "Aparecerá así el fin propio de la ley *(ratio legis)* que, sin revelar por sí mismo y exclusivamente los medios empleados por el legislador para realizarlo, permite, al menos, comprenderlos mejor y desenvolver los detalles." [4]

Habrá que estudiar también el medio social en que la ley se originó, la ocasión en que fue formulada *(occasio legis)*, las *concepciones dominantes* en el espíritu de sus redactores y las influencias, más o menos directas y profundas, de las legislaciones extranjeras.

El intérprete tomará asimismo en cuenta los principios y concepciones jurídicos que el legislador tuvo presentes, no por lo que de verdad objetiva encierren, sino por la influencia que hayan podido ejercer sobre el autor de la ley.

Gény recomienda igualmente el estudio de los trabajos preparatorios, pero se cuida de no exagerar su importancia y de precisar el valor que ha de atribuírseles. Su significación dimana, en gran parte, de la forma en que se desarrolle constitucionalmente el proceso legislativo,

[4] GÉNY, obra citada, I, pág. 288.

de la mayor o menor claridad de dichos trabajos y de su concordancia con el texto legal. "Los trabajos preparatorios no deben ser acogidos, como ilustración autorizada del texto, para los fines de su interpretación intrínseca, sino en aquellos casos en que las ideas que de ellos se desprenden han sido expresadas sin contradicción, en condiciones que permitan atribuirlas a la voluntad, generalmente colectiva, que crea la ley, siempre y cuando el texto de ésta no se oponga a esas explicaciones complementarias." [5]

179. LIMITES DE LA INTERPRETACION DE LA LEY PROPIAMENTE DICHA.—Todos los procedimientos descritos en relación con el examen de la fórmula legal constituyen una interpretación propiamente dicha de la ley, cuando tienden al descubrimiento de la voluntad legislativa. Perderían, pues, toda justificación si se les emplease, no para descubrir la intención del legislador, sino para suplir una voluntad ausente o inexpresada. La interpretación no puede consistir en un análisis de lo que el legislador *habría* querido, en la hipótesis de que su atención se hubiera dirigido hacia tal o cual problema concreto. Gény no aprueba el procedimiento preconizado por Windscheid, que consiste en buscar detrás de lo que el legislador quiso, lo que racionalmente hubiera debido querer.

En aquellos casos en que éste no ha podido dirigir su voluntad hacia determinadas disposiciones de un cuerpo legal, resulta incorrecto atribuirle un propósito no expresado, y es necesario emplear un método diverso. Habrá, pues, que derivar la solución de otra fuente, o recurrir a la libre investigación científica.

180. PAPEL DE LA ANALOGIA.—La aplicación analógica de la ley aparece a los ojos de Gény como uno de los medios más eficaces de integración de los textos. Esto quiere decir que no es para él un procedimiento de interpretación, ya que se recurre a ella precisamente cuando la interpretación revela que un caso por resolver no ha sido previsto. La aplicación analógica sólo puede justificarse cuando a una situación imprevista se aplica un precepto relativo a un caso semejante, no por el simple hecho de la semejanza, sino porque existe la misma razón para resolver el caso imprevisto en igual forma que el otro *(Ubi eadem ratio, idem jus)*. La aplicación analógica puede basarse en una consideración de índole legislativa *(ratio legis)*, derivada de las ideas de justicia o de utilidad social, o en elementos técnicos *(ratio juris)*, a la luz de un con-

[5] GÉNY, obra citada, I, pág. 295.

cepto puramente jurídico. "Pero, en todo caso, la analogía infiere una solución, para una cierta situación de hecho, de una semejanza fundamental entre tal situación y aquella otra que la ley ha reglamentado."[6]

La aplicación analógica no debe ser vista como una forma de interpretación de la ley, porque está destinada a colmar las lagunas que ésta presenta. Declarar que es procedimiento interpretativo equivale a establecer la ficción de una supuesta voluntad legislativa. Los que hacen de la analogía un procedimiento interpretativo piensan que consiste en investigar lo que el legislador habría querido, en la hipótesis de que hubiese podido conocer la situación real que se pretende resolver. Pero esta manera de considerar las cosas revela la inexistencia de una voluntad legislativa en relación con el caso imprevisto y, por ende, corrobora la tesis de que la aplicación analógica de la ley no es procedimiento hermenéutico. Hay, pues, que reconocer abiertamente que la ley es sólo, frente a la analogía, un elemento objetivo que se toma como punto de partida, para aplicar la misma disposición a todos aquellos casos, no previstos, en que existe igualdad de razones jurídicas.

181. LA COSTUMBRE COMO FUENTE FORMAL.—Aceptado que la costumbre es una de las fuentes formales del orden jurídico,[7] conviene precisar qué papel desempeña en relación con los casos no previstos por la ley. Cuando se trata de una costumbre no contraria a ésta, que viene a completarla, llenando sus lagunas, no hay dificultad en admitir la aplicabilidad de la misma (costumbre *praeter legem*). La dificultad estriba en decidir si las costumbres opuestas a leyes vigentes *(contra legem)*, ya se trate de las que contrarían directa y abiertamente lo estatuido en los preceptos legales *(consuetudo abrogatoria)*, ya de las que simplemente tienden a dejarlos sin efecto *(desuetudo)*, pueden ser consideradas como obligatorias. "Mantener aquí el principio de que la costumbre vale lo mismo que la ley, nos llevaría a decidir que entre el derecho consuetudinario y el escrito *(hoc sensu)* cuando consagran soluciones opuestas, la fuente más reciente debería, como tal, prevalecer sobre la otra y que, así como una ley posterior quita su obligatoriedad a una costumbre más antigua, la más reciente derogaría la ley anterior o la abrogaría por desuso."[8]

Gény no acepta, sin embargo, la conclusión que se infiere de este planteamiento. Pues frente a las exigencias de la lógica se levantan otras

6 GÉNY, obra citada, I, pág. 305.
7 Ver el capítulo V.
8 GÉNY, obra citada, I, pág. 391.

de orden práctico, principalmente históricas, sociales y políticas, que aconsejan la repudiación de la costumbre contraria a la ley.[9]

182. LA LIBRE INVESTIGACION CIENTIFICA.—Las fuentes formales del orden jurídico ofrecen al intérprete el mejor de los caminos para llegar a la solución de los casos concretos. Pero sería desconocer la verdadera naturaleza de aquéllas creer que siempre pueden procurarle una clave satisfactoria. Por profunda que sea la perspicacia del legislador, es indiscutible que en la ley habrá lagunas y que, en tal supuesto, el intérprete se encontrará abandonado a sus propias fuerzas, y tendrá que establecer los criterios en que su decisión deberá apoyarse. Para lograr este fin, dentro de los límites que señalan a su actividad las diversas fuentes formales, está obligado a ejercer una actividad libre, pero basándose siempre en los datos objetivos que presentan las situaciones por resolver, ya que, de lo contrario, dicha actividad carecería de valor científico.

Podemos formular, desde luego, este primer postulado: la investigación que se impone al juez en presencia de una laguna de la ley, es muy semejante a la que incumbe al legislador. La diferencia fundamental consiste en que éste establece reglas de carácter general, en tanto que aquél debe descubrir la norma aplicable a un caso concreto. Pero las consideraciones que deben guiar a uno y a otro son siempre de la misma índole, ya que se trata de encontrar los criterios de solución más conformes con las exigencias de la justicia y la utilidad común. De aquí que, cuando las fuentes formales son impotentes para brindar al juzgador una pauta de solución, deba éste emitir su fallo de acuerdo con los criterios que el legislador habría tomado en cuenta, si hubiera tenido que legislar para el propio caso. Hay, sin embargo, un matiz diferencial entre ambas actividades, la del legislador y la del juez: mientras el primero, al regular *in abstracto* un número indefinido de situaciones jurídicas, procede de manera enteramente libre, sin barreras de ninguna especie, el juez, que está llamado a decidir sobre casos singulares, debe, si quiere escapar al peligro de la arbitrariedad y cumplir fielmente su tarea, despojarse de toda influencia personal y todo prejuicio, para basar sus decisiones en elementos de índole objetiva. La labor de que hablamos es *libre* en cuanto no se halla sujeta a la autoridad de las fuentes formales; *científica*, en cuanto ha de fundamentarse en criterios objetivos, que sólo la ciencia puede descubrir.[10]

---

[9] GÉNY, obra citada, I, pág. 402.
[10] GÉNY, obra citada, II, pág. 78.

Y lo que hemos dicho del juez, intérprete oficial de las fuentes formales, puede extenderse al teórico del derecho e incluso al litigante, ya que los últimos deben preparar, de la manera más conveniente que sea posible, la aplicación del derecho. Así, pues, cuando de colmar lagunas se trata, el método jurídico ha de tender hacia el descubrimiento de los elementos objetivos que, por deficiencia de las fuentes, deben determinar la solución de los conflictos.

Pero ¿cómo encontrar esos elementos? Gény empieza por descartar la idea de que quepa descubrirlos en la opinión pública. Ésta, por firme y bien definida que sea, carece de títulos para imponerse al juzgador. Habrá, pues, que recurrir a la *naturaleza de las cosas*, ya que en ella residen los elementos objetivos que el intérprete busca. Descubiertos tales elementos, es indispensable sistematizarlos, a fin de derivar de ellos todas las consecuencias que implican.

La expresión *naturaleza de las cosas* fue por vez primera empleada, en relación con la teoría de la aplicación del derecho, por el germanista Runde.[11] Según este autor, las relaciones de la vida social o, mejor dicho, los elementos de hecho de toda organización jurídica, llevan en germen las condiciones de su equilibrio, y revelan al investigador atento la norma que debe regirlos. Pero para llenar las lagunas no basta con tomar en cuenta las circunstancias de hecho sometidas al conocimiento del juez, sino que es necesario no perder de vista los ideales de justicia y utilidad común que el legislador habría perseguido, si hubiera podido conocer el caso especial.

La idea de justicia ha de servir al intérprete como criterio general de orientación, mas no puede por sí misma procurarle la solución de los casos concretos. "El intérprete sería víctima de una ilusión si creyese poder encontrar, en las revelaciones de su razón y su conciencia, una solución ya hecha, relativamente a los problemas que la vida le presenta. Lo mismo que el legislador, el juez no aplica directa e inmediatamente la idea de lo justo, tomada en sí misma. Hace sólo una adaptación de ésta, que forzosamente deforma su pureza. En otros términos: siendo lo justo un fin por alcanzar, la misión del intérprete se reduce a descubrir, en las condiciones dadas, los medios de realización más idóneos." [12]

Después de buscar una inspiración en la idea de la justicia, deberá el juez tomar en cuenta, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada cuestión concreta, los principios que en forma más o menos directa se hallan subordinados a aquella idea, como, por ejemplo, el que reco-

---

[11] Citado por GÉNY, *Méthode*, II, pág. 88.
[12] GÉNY, obra citada, II, pág. 104.

noce a todo ser humano el derecho absoluto de conducirse y desarrollar sus facultades naturales en vista de su fin, con la condición de que respete el derecho igual de los demás; o el de la preponderancia de los intereses comunes sobre los puramente privados; o el de la igualdad de los hombres, etc.

En seguida vienen en cuestión diversas reglas o máximas generales de conducta, que en contacto con los hechos de la vida adquieren su mayor eficacia, como la de que los compromisos legalmente contraídos deben cumplirse fielmente, o la de que nadie debe enriquecerse sin causa en perjuicio de un tercero o, por último, la de que todo aquel que cause injustamente un daño debe repararlo, etc. Estos principios no derivan de las realidades a que han de aplicarse, pero sólo cobran pleno sentido en relación con ellas. Son principios permanentes e inmutables, y tienen valor objetivo.[13]

La equidad, "rama separada del gran árbol de la justicia", presenta, según Gény, dos aspectos distintos. Cuando de ella se habla, alúdese algunas veces a una especie de instinto que, sin apelar a la "razón razonadora", conduce a la solución mejor y más conforme con el fin de toda organización jurídica. Otras veces, por equidad se entiende la adaptación de la idea de justicia a ciertos hechos, en vista de las circunstancias que en ellos concurren.[14] En su primera forma el sentimiento de equidad es uno de los datos de la conciencia jurídica y, como tal, puede servir de guía al intérprete, del mismo modo que la noción de justicia. En su segundo aspecto, es decir, como *equidad individual,* no debe determinar la actitud del juez sino en aquellos casos en que la ley así lo autoriza, o cuando a falta de fuentes formales, la naturaleza de las cosas lo reclama.[15]

[13] GÉNY, obra citada, II, pág. 105.
[14] GÉNY, obra citada, II, pág. 109.
[15] GÉNY, obra citada, II, pág. 110.

CAPITULO XXVI

LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE Y LAS DOCTRINAS DE RADBRUCH Y KELSEN

SUMARIO

183. LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE.—En la caracterización del movimiento doctrinal conocido con el nombre de Escuela del Derecho Libre seguiremos las exposiciones de Gény y Reichel, contenidas, respectivamente, en los libros *Métodos y Fuentes del Derecho Privado Positivo* y *La Ley y la Sentencia*.[1]

La llamada Escuela del Derecho Libre no es, propiamente hablando, un conjunto orgánico y sistematizado de doctrinas. Trátase más bien de una tendencia específica que se manifiesta reiteradamente a través de una larga serie de autores y obras. Estas últimas sólo tienen en común la orientación de que hablamos, pero difieren, a veces profundamente, en varios de sus aspectos.

Lo que permite agruparlas bajo una denominación común no es su lado positivo, sino el negativo o crítico. La citada escuela representa una reacción, a veces muy violenta, contra la tesis de la *plenitud hermética* y la sumisión incondicional del juez a los textos legales. Los puntos en que sus partidarios coinciden son, de acuerdo con Reichel, los siguientes:

a) Repudiación de la doctrina de la suficiencia absoluta de la ley;

b) Afirmación de que el juez debe realizar, precisamente por la insuficiencia de los textos, una labor personal y creadora.

c) Tesis de que la función del juzgador ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa.[2]

---

[1] HANS REICHEL, *La Ley y la Sentencia*, trad. de EMILIO MIÑANA, Madrid, 1921.
[2] HANS REICHEL, obra citada, pág. 38.

En la corriente doctrinal a que aludimos es conveniente distinguir, según Gény, tres diversas etapas. La primera (1840-1900) puede ser considerada como el preludio del movimiento. A ella pertenecen las obras de los denominados *precursores*. La segunda, de organización de las ideas, como dice el maestro francés, iníciase con el siglo y concluye en 1906, año de publicación del célebre opúsculo de Gnaeus Flavius titulado *La lucha por la ciencia del derecho*. El tercer período, en el cual se tiende a fijar las ideas y hacer un balance de las conclusiones, comienza en 1906 y abarca, en el estudio de Gény, hasta el año de 1914.

Para comprender con claridad la significación de la Escuela del Derecho Libre es indispensable hacer referencia a la tesis de la plenitud hermética del orden jurídico, ya que contra ella dirigen principalmente sus dardos los corifeos de dicha escuela.

La formulación más precisa de esta tesis se encuentra en una página del *Tratado de Derecho Romano*, de Savigny, obra escrita en 1840. Dice así el famoso jurista: "Si las fuentes resultan insuficientes para resolver una cuestión jurídica, debemos colmar la laguna, pues la universalidad es una condición tan esencial al derecho como su unidad. Pero la dificultad consiste en saber cómo habremos de proceder. Aun cuando los autores hayan tratado aparentemente este tema de maneras muy diversas, sus doctrinas pueden, sin embargo, reducirse a dos opiniones principales. Unos piensan que existe un derecho universal y normal (el derecho natural), complemento de todo derecho positivo, como lo es en Alemania el derecho romano en relación con los distintos derechos territoriales. No necesito refutar aquí la aplicación de una doctrina que he combatido en su misma base. Otros estiman que el derecho positivo se completa a sí propio, en virtud de su fuerza orgánica. De acuerdo con la definición que del derecho positivo he dado, debo admitir la verdad de esta última tesis; precisamente me he servido de ella para suprimir las contradicciones y restablecer la unidad del derecho. El resultado de este procedimiento en relación con el derecho positivo se llama analogía; las lagunas se llenan, pues, analógicamente."[3]

Contra esta doctrina de Savigny se elevaron muy pronto algunas voces. Stobbe y Dernburg, por ejemplo, sostuvieron que en aquellos casos en que las fuentes formales son impotentes para ofrecer la solución buscada, el intérprete tiene el derecho y el deber de consultar la naturaleza de las cosas. Y con esta expresión no aluden al derecho natural, sino al análisis de las relaciones de hecho que la vida presenta.

[3] SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. MESÍA, Madrid, 1879, I, página 196.

En el año de 1872, defiende Adickes la idea de que la fuente verdadera y fundamental del derecho positivo es la razón, o sea la convicción jurídica común de un pueblo, en ausencia de la cual propugna porque se recurra a la *razón subjetiva*, es decir, a la apreciación personal del juez, basada sobre las relaciones de hecho sometidas a su conocimiento. Algunos años más tarde, en un estudio sobre la noción de contrato,[4] lanza Schlosmann la tesis de que toda solución jurídica depende esencialmente del sentimiento del derecho. Y en el famoso opúsculo titulado *Gesetz und Richteramt*, que apareció en 1885, O. Bülow insiste en que las fuentes formales son insuficientes para resolver toda controversia, por lo que es necesario admitir, en favor del juez, el derecho a una actividad independiente, que ha de basarse en el estudio de los hechos y hallarse dirigida por las exigencias de la lógica.

Las ideas de Bülow encuentran un continuador en el austríaco Ehrlich, quien, en un estudio sobre las lagunas de la ley, subraya la gran importancia de la tarea del juez, cuando las fuentes formales resultan insuficientes, y explica cómo los conceptos jurídicos generales permiten al intérprete ejercer una actividad creadora.

Algunos de los partidarios de la emancipación del juez sostienen que la construcción jurídica conceptual debe ser substituida por la apreciación de los intereses que concurren en cada caso concreto. Nace así la llamada "jurisprudencia de intereses", entre cuyos partidarios suele citarse a Ph. Heck y G. Rümelin.[5]

Además de los autores citados, menciona Gény, entre los precursores del derecho libre, a Stampe, E. I. Bekker, J. Kohler, E. Steinbach, Wundt y E. Danz.[6]

En relación con la segunda etapa, comprendida entre los años de 1900 y 1906, cita en primer término a Zitelmann, autor de otra obra sobre las lagunas (1902), y alude en seguida a los trabajos de M. E. Mayer, G. Radbruch, K. G. Wurzel, Teodoro Stenberg y R. Müller-Erzbach. Los esfuerzos de estos autores oriéntanse principalmente hacia la demostración de la insuficiencia del método tradicional y acentúan la necesidad de conceder al juez un papel creador, no sólo en la labor interpretativa, sino, sobre todo, en aquellos casos en que la ley presenta vacíos.

El libro más conocido y característico del movimiento aparece en 1906, con el título *La lucha por la ciencia del derecho*. Su autor, el profesor Kantorowicz, afirma enfáticamente que el derecho libre no es sino una especie de "derecho natural rejuvenecido". La ciencia jurídica

[4] Citado por GÉNY, *Méthode d'interprétation*, II, pág. 348.
[5] GÉNY, *Méthode d'interprétation*, II, pág. 352.
[6] GÉNY, *Méthode d'interprétation*, II, págs. 353-357.

—dice— debe desempeñar un papel creador, en vez de limitarse a ser simplemente un medio de conocimiento. El juez no solamente está llamado a descubrir el derecho, sino incluso a crearlo. Y en esta labor creadora su última finalidad debe ser la realización de la justicia. "La verdadera ciencia jurídica es antirracionalista y antidogmática. Le repugnan la analogía, la interpretación extensiva, las ficciones, los pretendidos razonamientos basados en el espíritu de la ley, los sistemas generales que sólo valen por la individualidad de su autor, y la deducción, que rechaza, en el ámbito de la ciencia del derecho, las correcciones que acepta en el de la ciencia natural." [7]

A partir de 1906, el número de los partidarios de la escuela va en aumento, si bien los nuevos trabajos no aportan gran número de puntos de vista originales. En tales trabajos vuelve a insistirse en la insuficiencia de las fuentes y se combaten los métodos puramente lógicos de interpretación y construcción, a la vez que se subraya la necesidad de dejar al juez un campo de acción más amplio.

El movimiento del derecho libre sigue desarrollándose en Alemania después de la guerra de 1914 y, a partir de 1933, adquiere enorme importancia dentro de la concepción nacionalsocialista del derecho.

El advenimiento de este régimen trajo consigo una completa renovación de las ideas dominantes en Alemania sobre el derecho y la misión del juez. "Las construcciones lógicas de los romanistas han sido repudiadas; las nuevas generaciones confían en el sentido innato del derecho que el juez encuentra en sí mismo, a condición de que sea de pura raza y se inspire no en un individualismo pasado de moda, sino en la concepción universalista del derecho y el Estado. . ." La ley "no es ya sino uno de los aspectos del derecho en la técnica de la vida pública moderna, mas no el único". Existe también "un derecho no escrito que se desprende del alma del pueblo alemán y se adapta a las necesidades de la vida nacional, derecho claramente reconocido, sentido y enérgicamente realizado por el juez germánico".[8]

184. TESIS DE GUSTAVO RADBRUCH.—Inspirándose en algunas de las ideas defendidas por la Escuela Histórica y relacionándolas con sus convicciones sobre la esencia de la cultura, expone Radbruch una doctrina que bien podría considerarse como la antítesis del método tradicional. La tarea interpretativa consiste esencialmente, de acuerdo con la Escuela de la Exégesis, en una reconstrucción del pensamiento del legislador o,

[7] Citado por GÉNY. *Méthode d'interprétation*. II, pág. 374.

[8] CLAUDE DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, página 201.

como dice August Boeck de la interpretación filológica, en "el conocimiento de lo ya conocido". Frente a esta interpretación filológica, que inquiere no el sentido de la ley, considerada en sí misma, sino el pensamiento real que sus autores quisieron expresar, existe la interpretación jurídica, cuyo fin radica en descubrir el sentido objetivamente válido de los preceptos del derecho. El sentido de la ley no puede residir en la voluntad de los legisladores, porque aquélla no vale como expresión de un querer subjetivo, sino como voluntad del Estado. Por otra parte, las voluntades que intervienen en la elaboración de las leyes no coinciden en todo caso y, aunque coincidiesen, siempre sería posible separar el querer subjetivo del legislador y el sentido objetivo de la norma. "La voluntad del legislador no es, pues, medio de interpretación, sino resultado y fin de la misma, expresión de la necesidad *a priori* de una interpretación sistemática y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico. Justamente por eso es posible afirmar como voluntad del legislador lo que nunca existió conscientemente en la voluntad de éste. El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor, es más, *tiene* que ser más inteligente que su autor." [9]

La tarea interpretativa no está irremisiblemente ligada al momento de la publicación, sino que debe hacerse en relación con las exigencias, siempre nuevas y cambiantes, de cada época histórica. Tal posibilidad de adaptación a las necesidades de la vida obedece a la multiplicidad de interpretaciones que la fórmula legal permite, cuando en ella no se ve la expresión de un querer subjetivo, sino una manifestación del derecho, objetivamente considerado.

En los pasajes bíblicos o en las obras literarias es posible descubrir, además del sentido subjetivo, gran número de significaciones insospechadas. De modo análogo, las disposiciones que integran un ordenamiento legal encierran significados ajenos a la intención del legislador, pero que corresponden, sin embargo, al sentido objetivo del derecho, y se encuentran en conexión sistemática con las demás significaciones implícitas en el mismo ordenamiento.

185. TESIS DE KELSEN.—Entre las teorías modernas sobre la interpretación de la ley, una de las más originales es, sin duda, la de Kelsen. Dicha teoría se encuentra estrechamente ligada a la del orden jerárquico normativo, expuesta por nosotros en la sección 43 de esta obra. El problema fundamental de la interpretación debe plantearse, según el jefe de

---

[9] G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, trad. MEDINA ECHAVARRÍA, pág. 148.

la Escuela de Viena, en los siguientes términos: ¿cómo deducir de la norma general de la ley, en su aplicación a un caso concreto, la especial de la sentencia o el acto administrativo? Así como las leyes ordinarias se encuentran condicionadas por la Constitución, y las reglamentarias por las ordinarias, entre éstas y las individualizadas existe una relación del mismo tipo. Toda norma de grado superior determina, en cierto modo, a la de rango inferior. Mas la determinación de que hablamos no es, ni puede ser, completa. En la aplicación de una norma cualquiera interviene siempre, en mayor o menor grado, la iniciativa del órgano que la aplica, porque no es posible que aquélla reglamente en todos sus pormenores el acto de aplicación. "El mandato, la orden más concreta, tienen que abandonar una multitud de determinaciones al ejecutor de los mismos. Si el órgano *A* dispone que el órgano *B* debe detener al súbdito *C*, el órgano *B* ha de decidir, según su libre apreciación, cuándo, dónde y cómo ha de realizar la orden de detención; y estas decisiones dependen de circunstancias externas que el órgano *A* no ha previsto en su mayor parte, ni podía prever." [10]

En todo acto de aplicación o de delegación hay que admitir un margen de libertad, en cuya ausencia ningún precepto normativo podría cumplirse. La indeterminación parcial de los actos de aplicación de normas, sean éstos de la especie que fueren, es intencional algunas veces; sucede así, verbigracia, cuando el legislador hace una delegación en favor del juez penal, facultándolo para que, de acuerdo con ciertos criterios que la ley señala, fije, dentro de un límite superior y otro inferior, la pena que ha de aplicarse en cada caso. Otras veces, la indeterminación deriva de la misma estructura escalonada del orden jurídico. A menudo ocurre que la norma de grado superior se halla formulada en un lenguaje equívoco, que hace posibles diversas interpretaciones. Cosa semejante acontece cuando el intérprete cree descubrir una discrepancia entre el sentido gramatical de la ley y la voluntad del legislador. La indeterminación puede ser, por último, consecuencia de una contradicción entre preceptos contemporáneos de un mismo sistema. En todos estos casos existen varias formas de interpretación y, por ende, de ejecución. La norma que ha de aplicarse es un marco que encierra diversas posibilidades, por lo cual la decisión en que una de éstas es elegida constituye un acto jurídico enteramente válido. Es, pues, erróneo creer que la ley tiene siempre un sentido único y, por tanto, que sólo puede autorizar una interpretación. Esto demuestra —dice Kelsen— que el intérprete no

[10] KELSEN. *El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, trad. LEGAZ y LACAMBRA, Madrid, 1933, pág. 58.

pone únicamente en juego su inteligencia, sino, sobre todo, su voluntad. Y, al ponerla en juego, elige, entre varias posibles, una de las soluciones que el precepto ofrece, en relación con el caso singular. La elección es teóricamente libre, porque no existe ningún criterio que permita decidir cuál de las interpretaciones debe prevalecer. "Desde el punto de vista del derecho positivo, tanto vale prescindir del texto de la ley para atenerse a la voluntad presunta del legislador, como observar estrictamente el texto de la norma para no tener que preocuparse de la problemática voluntad del legislador que la creó. Si se da el caso de que dos normas vigentes al mismo tiempo se contradicen entre sí, ofrécense a la consideración del intérprete, en un plano de igualdad, las tres posibilidades lógicas de ejecución a que antes aludimos. Es un vano empeño el de pretender fundamentar 'jurídicamente' una de ellas con exclusión de las restantes. Los medios usuales de la interpretación —*argumentum a contrario*, analogía— carecen de todo valor, como lo demuestra suficientemente el hecho de que conducen a resultados contrapuestos, y no hay ningún criterio para decidir cuándo debe aplicarse uno de ellos y cuándo el otro. A su vez, el principio de la llamada 'ponderación de intereses' no es más que una formulación, no una solución del problema. Pues no da la medida objetiva con arreglo a la cual pudieran ser comparados los intereses contrapuestos y resueltos los conflictos entre los mismos." [11] Se podrá discutir cuál de todas las soluciones posibles es la más justa; pero esta discusión queda fuera del ámbito de la ciencia jurídica y corresponde al de la política del derecho.

Cuando una persona hace valer determinada pretensión jurídica, hay que examinar si tal pretensión tiene o no apoyo en la ley. Planteado el problema en estos términos, llégase necesariamente a la conclusión de que no hay auténticas "lagunas". Pues si los preceptos legales no conceden al sujeto la facultad de exigir algo, quiere decir que su pretensión deberá ser rechazada. Y la solución estará basada en la ley, de acuerdo con el principio de que todo aquello que no está prohibido se encuentra permitido.

Cuando se habla de las lagunas, lo que quiere expresarse es que las soluciones posibles considéranse injustas, en cuanto se piensa que si el legislador hubiera tenido presente el caso especial, lo habría reglamentado en forma completamente diversa de aquella o aquellas que del texto de la ley se infieren. "La 'laguna' no es más que la diferencia entre el derecho positivo y un orden tenido por mejor y más justo. Sólo

[11] KELSEN, *El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, traducción LECAZ y LACAMBRA, Madrid, 1933, pág. 62.

puede afirmarse una laguna cuando se compara el derecho existente con el que, en opinión del sujeto, 'debía ser'. Pero, una vez conocida la naturaleza de estas lagunas, compréndese que no puede pensarse en llenarlas por medio de la interpretación. La interpretación no tiene aquí la función de aplicar la norma, sino, al contrario, la de eliminarla, para poner en su lugar otra mejor y más justa, es decir, la deseada por el encargado de la aplicación. Bajo las apariencias de 'complementar' el orden jurídico, se suprime la norma primitiva y se la substituye por una norma nueva." [12]

Kelsen se refiere también a las llamadas "lagunas técnicas".[13] Existen cuando el legislador ha omitido reglamentar algo que era indispensable para hacer posible la aplicación de un precepto. Las lagunas técnicas son, o bien lagunas en el sentido anteriormente indicado, es decir, una diferencia entre el derecho positivo y el deseado, o bien consecuencias del carácter más o menos indeterminado y general de la ley. Como laguna del primer tipo cita Kelsen el mismo ejemplo de Zitelmann.[14] La ley determina que el comprador debe entregar la cosa, pero no dice quién soporta el riesgo cuando ésta perece, sin culpa de las partes, antes de la entrega. No es que en este caso la ley nada determine, sino que no determina si el vendedor queda libre de entregar la mercancía o, por el contrario, debe indemnizar. "Puesto que la ley no exceptúa al vendedor, ni aun en el caso indicado, de la obligación de entregar la cosa, determina precisamente que los riesgos son de cuenta de aquél. Una laguna del segundo tipo existe cuando una ley determina, por ejemplo, que un órgano debe ser creado mediante elección, pero no regula el procedimiento electoral. Esto significa que es legal todo acto de elección, cualquiera que sea su procedimiento: principio de mayorías, representación proporcional, votación nominal o secreta, etc. El órgano competente para realizar la elección puede determinar a su arbitrio el procedimiento de la misma. Esta determinación corresponde, pues, a una norma de grado inferior." [15]

"Si bien las lagunas no tienen realidad jurídica, el legislador puede, ofuscado por una falsa teoría, declarar que existen, e incluso indicar cómo deben colmarse. Esto significa que autoriza al juez para apartarse de la ley, cuando estime que no es justo o conveniente aplicar el principio de

12 KELSEN, *El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría del Derecho*, pág. 66.

13 KELSEN, obra citada, pág. 67.

14 ZITELMANN, *Las Lagunas en el Derecho* (conferencia cuya traducción ha sido publicada en la *Revista de Derecho Privado*, de Madrid, y reproducida en los *Anales de Jurisprudencia*, tomo XII).

15 KELSEN, obra citada, pág. 68.

que todo lo que no está prohibido está permitido. El juez queda de este modo convertido en un legislador delegado, lo que tiene indudablemente el inconveniente de que puede resolver en un sentido distinto de aquel por el que el legislador habría optado, de conocer el caso especial. Se hace creer al juez que no es libre más que en el momento en que actúa como legislador, pero que carece de libertad para elegir ese momento. Y para ocultarle que también entonces es libre, se recurre a la ficción de las 'lagunas'. Y la falsedad, consciente o inconsciente, de esta fórmula, tiene el efecto —querido por el legislador— de que el juez no hace uso de la libertad que tiene de no aplicar la ley en un caso concreto, sino muy raramente, puesto que sólo en el caso de una divergencia extrema entre la ley y su propia conciencia jurídica le parecerá que existe una 'laguna' auténtica, es decir, un caso que el legislador no quiso regular y que, por tanto, la ley no ha regulado, con lo cual resulta que le faltan las premisas lógicas para el silogismo que constituye la aplicación de toda ley. Las llamadas 'lagunas de las leyes' son, pues, una fórmula típicamente ideológica. Conviértese en una imposibilidad lógico-jurídica aquella aplicación de la ley al caso concreto que, según la opinión del juez, constituye una inoportunidad, una inconveniencia desde el punto de vista de la política del Derecho." [16]

[16] KELSEN, obra citada, pág. 70.

CAPITULO XXVII

LA LEY Y LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

SUMARIO

186. RELACIONES ENTRE LA LEY Y LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.— Si examinamos las relaciones que pueden existir entre las resoluciones judiciales y la ley, encontraremos que son de tres clases: *a)* Resoluciones basadas en la ley; *b)* Resoluciones en ausencia de la ley, y *c)* Resoluciones en contra de la ley *(secundum legem, praeter legem* y *contra legem).*

En el presente capítulo trataremos del primer grupo, es decir, de las que se fundan en la ley. Tal grupo es el que fundamentalmente interesa desde el punto de vista de la interpretación, ya que, como antes dijimos, esta última supone la existencia de un precepto por interpretar. Cuando falta la ley, relativamente a una cuestión concreta, no se habla de interpretación, sino de integración.

Nuestro punto de partida es, pues, el siguiente: cuando un caso concreto está previsto por la ley, ¿cómo debe proceder el órgano jurisdiccional?...

El anterior interrogante se contesta diciendo que el juez está sujeto a la ley. Las razones de tal sujeción son, según Reichel, las siguientes:

a) La misión de los jueces y tribunales consiste en la aplicación del derecho objetivo a casos singulares. Ahora bien: si la formulación y determinación de este último se hace fundamentalmente en los Estados modernos a través de la ley, resulta obvio que, cuando la ley existe, deben los órganos jurisdiccionales sujetarse a ella.

b) Como el fin próximo del derecho es el orden,[1] y el mejor modo de

---

[1] HANS REICHEL, *La Ley y la Sentencia*, trad. de MIÑANA VILLAGRASA, Madrid, 1921, página 60.

asegurar éste consiste en dar a los preceptos jurídicos la claridad, fijeza y permanencia de las leyes escritas, tales leyes deberán ser fielmente respetadas por los tribunales.

c) A la idea de orden se encuentra íntimamente enlazado el principio de la publicidad del derecho. En la medida de lo posible, debe éste ser conocido por todo el mundo, y el mejor modo de darlo a conocer es escribirlo. Pero sería inútil escribir el derecho si su formulación oficial (contenida en la ley) no fuese respetada por los órganos encargados de aplicarlo.

d) El derecho ha de ser igual para todos. Este postulado es de realización más fácil cuando el derecho se formula por medio de preceptos escritos, que todo el mundo puede conocer y que a todos se aplican sin distinción de personas.

e) Otro postulado del derecho es la unidad. Pero el consuetudinario tiende a cambiar en cada región. La existencia de leyes generales, a las que el juez se halla sujeto, favorece, en cambio, la unidad del ordenamiento jurídico. La exigencia de unidad es otra de las razones que justifican el sometimiento del juez a las leyes debidamente promulgadas.

f) El respeto a la ley, por parte de los jueces, es, por último, la mejor garantía de la libertad verdadera. El ciudadano no debe quedar expuesto al capricho y la arbitrariedad, sino sometido a una justicia firme, que se administre de acuerdo con principios oficialmente establecidos y claramente identificables. Tal desiderátum no podría lograrse si se concediese al juez la facultad de apartarse de la ley, cuando ésta prevé el caso sometido a su conocimiento y decisión.

187. EL SENTIDO DE LA LEY Y LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR.—Hemos dicho en la sección precedente que cuando hay ley aplicable a un caso concreto, deben los jueces y tribunales sujetarse a ella. Mas no hay que olvidar que la afirmación de que una ley prevé una situación jurídica, supone la previa exégesis del texto. Desde este punto de vista, la interpretación es tarea anterior al acto por el cual el derecho objetivo es aplicado. El que tal cosa suela desconocerse obedece a la falsa creencia de que hay leyes que no es necesario interpretar.

Ya en la sección 169 dijimos que el problema central de la teoría de la interpretación estriba en saber qué debe entenderse por *sentido* de los

textos, Apartándonos en este punto del camino seguido por Gény y la Escuela de la Exégesis, pensamos que el *sentido de la ley no es la voluntad del legislador.* Si la doctrina a que aludimos fuese correcta, habría que admitir que en todos aquellos casos en que no es posible descubrir tal voluntad, no hay interpretación jurídica.

Querer (en sentido psicológico) puede sólo un ser consciente y pensante; pero el legislador, como mera personificación, no reúne esas cualidades. Lo que puede ser considerado como su voluntad, en la esfera psicológica, es a lo sumo una especie de resultante de los esfuerzos entrecruzados de los individuos que accidentalmente toman parte en la tarea legislativa. "El problema aquí planteado y la investigación en pos de la voluntad del legislador conducen, pues, en su realización práctica, a toda clase de absurdos. Habría que husmear en proyectos, anteproyectos y contraproyectos, trabajos preparatorios, deliberaciones previas, ponencias de las comisiones, actas de las sesiones, motivos, memorias, informes, etc. Hasta habría que interpretar cuidadosamente la sonrisa o la inclinación de cabeza de un miembro de la Comisión designado por el Gobierno, el discurso improvisado de un agradable parlamentario desconocedor del asunto, y destilar después de todo esto la voluntad del legislador. Sólo faltaría, aunque sobre ello se oyese como testigo a cada miembro de los cuerpos legisladores, lo que ellos han pensado, ideado y propuesto al reformar una ley. Todo esto constituye una equivocación en su fundamento y en su principio desde el punto de vista psicológico. La ley es la voluntad general, no la voluntad de un solo cuerpo gubernativo, imperial o nacional. Lo que haya pensado Franz Klein al elaborar su proyecto de ley sobre procedimiento civil, o Eugenio Huber al redactar la ley civil, es indiferente para la jurisprudencia." [2]

Lo anterior no significa que los trabajos preparatorios carezcan de importancia. Su consulta es muchas veces de gran utilidad, mas no en cuanto eventualmente permiten conocer la voluntad de los redactores de la ley, sino en cuanto pueden ayudar al descubrimiento del *sentido objetivo* de la misma.

Por otra parte, urge distinguir el propósito del legislador de *expresar algo* legalmente, y *lo expresado* a través de la fórmula que emplea. Supongamos que las cámaras se proponen dictar una ley estableciendo que si antes de la entrega de la cosa vendida perece ésta accidentalmente, el vendedor queda obligado a pagar al comprador una indemnización. Lo que el legislador quiere es formular una norma; pero el sentido de la misma no debe confundirse con aquel propósito. La regla de

---

[2] Hans Reichel, obra citada, pág. 65.

derecho no es expresión de una voluntad, sino de un deber, cuyo nacimiento se encuentra condicionado por la realización de un supuesto jurídico. Acaso pueda sostenerse que el legislador quiere que si la cosa vendida perece accidentalmente antes de la entrega, el vendedor indemnice al comprador; pero, aun así, la regla jurídica, una vez formulada, no implica un querer, sino una obligación, pues, de lo contrario, no sería norma auténtica. Dicho con otras palabras: la misión de los legisladores no estriba en dar expresión a lo que ellos quieren, sino a lo que jurídicamente debe ser.

Además, los textos legales constituyen la *expresión oficial del derecho.* Si este principio se admite, habrá que aceptar que los elementos extraños a la fórmula sólo pueden ser tomados en cuenta como auxiliares de la tarea interpretativa, a fin de descubrir el sentido de la ley, pero nunca como datos capaces de determinar una corrección o modificación de ésta. La interpretación no se refiere, sin embargo, a los preceptos legales aisladamente considerados, sino como elementos o partes de un todo sistemático, exento de contradicciones.

Interpretar las leyes es, por ende, buscar el derecho aplicable a los casos concretos, a través de una fórmula oficial. Esta interpretación no debe circunscribirse de modo exclusivo a la fórmula misma, sino que ha de realizarse en conexión sistemática con todo el ordenamiento vigente. El intérprete puede valerse, para lograr su fin, de elementos extraños a los textos, pero en tales elementos debe ver simples medios destinados a esclarecer la significación de la ley.

188. LA PLENITUD HERMETICA DEL ORDEN JURIDICO.—Cuando se habla de la plenitud hermética del orden jurídico quiere expresarse que no hay situación alguna que no pueda ser resuelta jurídicamente, esto es, de acuerdo con principios de derecho. Se ha sostenido que en todos aquellos casos en que no existe un precepto legal que prevea la situación concreta, puede ésta ser resuelta de acuerdo con la regla de que todo aquello que no está ordenado, está permitido.[3] Tal doctrina conduce en línea recta a la negación de las "lagunas". Tomando en cuenta la trascendencia de este aserto no queremos seguir adelante sin resumir, siquiera sea de manera brevísima, los argumentos en que descansa. Nos basaremos en el famoso estudio de Zitelmann, citado en la primera sección del capítulo precedente.

Toda controversia sometida a la decisión de un tribunal, dice Zitelmann, debe ser resuelta, y resuelta jurídicamente. Desde este punto de

3 La correcto sería decir: todo aquello que no está prohibido, está permitido.

vista se llega siempre a la conclusión de que el derecho carece de lagunas, porque los vacíos que la ley deja deben ser llenados por el juez, no de manera arbitraria, sino por aplicación de principios jurídicos. Lo más correcto sería declarar que antes de que las deficiencias de la ley sean suplidas, el derecho aparece ante nosotros lleno de lagunas, y que, cuando éstas son colmadas, se presenta como totalidad perfecta. O, expresado en otro giro: *si en la ley hay lagunas, en el derecho no puede haberlas.*

La mejor demostración del principio anterior está en que, tratándose de aquellos casos no previstos por el legislador, puede el juez válidamente resolver que no producen efectos de ninguna especie, puesto que un hecho sólo engendra consecuencias jurídicas cuando la ley así lo establece.

Para mayor claridad, examinaremos algunos de los ejemplos que propone Zitelmann.

Según el anterior Código de Comercio alemán, considerábase como rechazada la propuesta de contrato entre presentes de no haber aceptación inmediata, mientras que tratándose de una propuesta entre ausentes se concedía cierto plazo. Al aparecer el teléfono se preguntaron los juristas si la aceptación telefónica de una oferta debía sujetarse a las reglas relativas a la conclusión de contratos entre ausentes. Se pensó que en el citado Código había una laguna, por lo cual, al promulgarse el nuevo, se declaró que la aceptación de una propuesta por teléfono debía regirse por la misma norma que se aplica a los contratos entre presentes.

Pero, en opinión de Zitelmann, no había en aquel Código una laguna auténtica, porque un contrato celebrado por teléfono entre una persona que se encuentra en Berlín y otra que se halla en Bonn, es incuestionablemente contrato entre ausentes. Y en dicho Código existen reglas acerca de esta clase de negocios. Lo que ocurre es que se encuentra impropio que a este caso especial de la aceptación telefónica se apliquen los principios que rigen la propuesta, cuando de ausentes se trata.

Otro ejemplo: el Código Civil alemán establece que el riesgo sufrido por una cosa sólo afecta al comprador a partir de la entrega, a menos que haga que le envíen la mercancía de una ciudad a otra, porque entonces le corresponde el riesgo del traslado.

Supongamos que una persona compra un espejo en Bonn Norte, y pide que se lo envíen a su casa, que se encuentra en Bonn Sur. En el camino el espejo es roto por un chico que lanza una piedra y luego desaparece. Como la ley no prevé el caso de envío de la cosa dentro de

una misma ciudad, ¿quién debe soportar el riesgo? "En el caso de un envío desde Bonn Sur a Godesberg (pueblo de las cercanías de Bonn), el riesgo sería de cuenta del comprador. ¿Es que no debe soportarlo también, tratándose de un camino quizá igualmente largo, dentro de Bonn? Sin embargo, la opinión de los escritores no es la misma; el Tribunal Supremo Hanseático de Hamburgo se ha declarado recientemente por la analogía y hace pesar el riesgo sobre el comprador; yo mismo participo de esta decisión." [4] Pero la regla que da el Código es otra: antes de la entrega los riesgos existen a cargo del vendedor, cuando no se trata de envío de una ciudad a otra. Quiere decir entonces que si el espejo es enviado de un punto a otro de la ciudad de Bonn, y en el camino se rompe de manera accidental, el riesgo será del vendedor. De aquí que, cuando un juez declara que hay en el caso una laguna, y que debe aplicarse la norma que rige el envío de la cosa de una ciudad a otra, no llena realmente un vacío, sino que deja de aplicar el derecho positivo y formula una nueva norma, que considera más justa.

Hay situaciones en las cuales la ley permanece deudora de una respuesta, porque establece una regla general y deja sin determinar algunos puntos, lo que obliga al juez a efectuar tal determinación, ya que, de lo contrario, no podría aplicar dicha regla.

Supongamos que la ley establece que, en tales o cuales circunstancias, en una sociedad, por ejemplo, debe elegirse a un determinado órgano; pero no indica de qué manera ha de hacerse la elección. En tal hipotesis, cualquier procedimiento electoral será válido, porque la ausencia de reglas sobre la forma de la elección no destruye el deber de hacer ésta.

Otro caso de la misma índole sería el siguiente: la ley concede, en tales o cuales cincunstancias, un interés legal, mas no indica el monto del mismo.

Después de citar gran número de ejemplos, llega Zitelmann a la conclusión de que, cuando de lagunas se habla, hay que distinguir dos casos: el primero está constituido por la substitución de una regla legal por un principio de decisión que se considera más justo (como en el ejemplo del espejo); el segundo se presenta cuando la regla es más o menos indeterminada (ejemplo de la elección). En el primer caso se trata de *corregir* la ley; en el segundo, de *complementarla.*

Advierte el famoso jurista que, en cualquiera de estos extremos, la tarea del juez no se reduce a efectuar una serie de operaciones lógi-

---

[4] E. Zitelmann, *Las Lagunas del Derecho*, en "Anales de Jurisprudencia", tomo XII, página 740.

cas, sino que sus decisiones descansan, en su mayor parte, sobre juicios de valor. El juez tiene que ponderar las diversas posibilidades de aplicación, a fin de encontrar la más conveniente. "Tratándose de las lagunas de la primera especie, el jurista se encuentra más ligado. No tiene en absoluto, con relación a las segundas, para qué considerar su deseo de colmarlas o no, puesto que su obligación es llenarlas, ya que de otro modo no podría, en resumidas cuentas, dar una decisión." [5]

En el primer caso, en cambio, no está obligado a substituir la solución legal por otra nueva y puede válidamente aplicar la ley al caso concreto, aun cuando tal aplicación repugne a su sentido de la justicia.

Hecho el resumen que precede podemos ya preguntarnos si existen realmente lagunas. Pensamos que la respuesta debe ser: el derecho carece de ellas; la ley las tiene necesariamente. Pero, surge un nuevo interrogante: ¿cuáles son las verdaderas lagunas?... Para proceder metódicamente, trataremos de responder a esta pregunta en relación con los dos casos de que habla Zitelmann.

Refirámonos primeramente a aquel en que la ley ofrece una solución general que no se adapta bien a todas las situaciones que abarca, de modo que la aplicación del precepto a alguna o algunas de ellas, aparece ante el juez como una injusticia (ejemplo del espejo). La cuestión se reduce, en esta hipótesis, a determinar si la regla general (el vendedor soporta los riesgos hasta el momento de la entrega) debe o no aplicarse cuando se trata del caso especial de un accidente ocurrido durante el traslado de la cosa de un punto a otro de una misma ciudad. Si la regla general es considerada aisladamente, resulta incuestionable que el caso del ejemplo queda resuelto por ella. Pero si se atiende no solamente a esa regla, sino al sistema establecido por la ley y, particularmente, al principio de que el comprador debe sufrir los riesgos cuando hace que le envíen la mercancía de una ciudad a otra, entonces no hay duda de que estamos en presencia de una laguna, porque el sentido de la legislación, sobre esta materia, no puede ser sino que el vendedor sufra los riesgos hasta el momento de la entrega, siempre y cuando el comprador no pida que la cosa le sea enviada de un punto a otro, creando así un mayor riesgo. El sentido de la ley queda aclarado por la disposición especial, que revela el verdadero alcance de la general. Ésta sólo deberá aplicarse en sus términos si el comprador no solicita el envío de la cosa de un punto a otro, porque, en tal hipó-

[5] E. ZITELMANN, *Las Lagunas del Derecho*, en "Anales de Jurisprudencia", tomo XII, página 754.

tesis, habrá creado un nuevo riesgo, que debe pesar sobre él. Ahora bien: como la ley sólo prevé el caso de envío de la cosa de una ciudad a otra y no de un sitio a otro de una misma ciudad, es indudable la existencia de la laguna.

Tratándose de los casos de la segunda especie, la existencia de las lagunas es todavía más clara. La ley impone un deber o concede un derecho, mas no determina en todos sus pormenores los medios de cumplimiento del primero o de ejercicio del segundo. Esto quiere decir que deja un margen de libertad y autoriza una serie de posibilidades, entre las que cabe optar válidamente (ejemplo de la elección).

Sólo nos queda por examinar la tesis de que, cuando un hecho no está previsto, siempre es posible resolverlo por aplicación de la regla: *lo que no está prohibido, está permitido.*

Pensamos que el error de Zitelmann y Kelsen estriba en creer que dicha regla es un precepto positivo, como cualquiera de las disposiciones que forman parte de un ordenamiento legal. La prueba está en que no se trata de una norma, sino de un juicio enunciativo. Que no es norma es evidente, puesto que no estatuye obligaciones ni confiere derechos. Trátase, como lo hemos sostenido en el capítulo V de la obra *Introducción a la lógica jurídica* (Fondo de Cultura Económica, México, 1951), de una formulación negativa del principio ontológico-jurídico de identidad, según el cual "la conducta jurídicamente regulada es idéntica a sí misma". Decir que una conducta "no está jurídicamente prohibida" es lo mismo que afirmar que "está jurídicamente permitida", ya que "lo no jurídicamente prohibido" es lo "jurídicamente permitido", así como "lo no permitido jurídicamente" es lo "jurídicamente prohibido". Además, el citado principio no nos permite resolver, en cada caso, si una conducta está prohibida o no prohibida, ya que tal determinación depende de las prescripciones del derecho en vigor. Algunas veces, el autor de la ley establece la regla de que "lo que no está *expresamente prohibido* está *implícitamente permitido*"; otras, por el contrario, declara que "lo que no está *expresamente* permitido está *implícitamente* prohibido". Tales prescripciones obedecen a consideraciones de orden técnico y en modo alguno invalidan los principios de que antes hablamos. La primera suele establecerse como regla de interpretación en amplios sectores del derecho privado, y sirve para determinar las facultades y deberes de los particulares, partiendo de los textos de la ley; la segunda empléase para la determinación de las atribuciones de los funcionarios públicos, cuando la actividad de éstos se halla sujeta a un régimen de "facultades expresas".

Estas reglas no se confunden con los axiomas "lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido" y "lo que no está jurídicamente permitido está jurídicamente prohibido", porque los segundos no son normas, sino proposiciones analíticas que expresan la identidad de lo "no prohibido" con "lo permitido" y de lo "no permitido" con "lo prohibido"; en tanto que las primeras ordenan, en un caso, tener por *implícitamente* permitido lo que no está *expresamente* prohibido y, en el otro, considerar como *implícitamente* prohibido lo que no está *expresamente* permitido. Aquéllos tienen el carácter de principios de la Ontología Formal del Derecho; éstas son reglas positivas de interpretación de un determinado material jurídico, aplicables dentro de ciertos límites, y solamente a ciertas ramas del derecho, o a sectores especiales de las mismas.

Antes de dar por concluido este capítulo, queremos emitir nuestra opinión sobre la tesis kelseniana de que los preceptos legales no tienen un solo sentido, sino varios, entre los que debe elegir el juez, convirtiendo en norma de decisión alguna de las posibilidades que el marco de la ley le ofrece.

Tratándose, sobre todo, de los preceptos que dejan indeterminada la forma en que han de cumplirse los deberes que estatuyen o de ejercitarse los derechos que conceden, es incuestionable que puede haber ante el intérprete más de una posibilidad de solución. Sucede así en el caso en que la ley impone el deber de elegir cierto órgano, pero no señala la forma en que la elección debe hacerse, o en aquel otro en que exige el pago del interés legal, sin fijar el porcentaje correspondiente o, por último, cuando dice que el trabajador que reclama el pago de una indemnización por separación injustificada, tiene derecho a que se le pague el importe de sus salarios durante el tiempo señalado a la Junta de Conciliación y Arbitraje para dictar su resolución definitiva.

Todo precepto jurídico tiene un sentido o, lo que es igual, expresa una norma; pero cuando la fórmula de la ley es oscura o equívoca, el sentido resulta en realidad una incógnita que es necesario despejar. Como los jueces no son infalibles, puede ocurrir que consagren en sus sentencias, como sentido de una disposición cualquiera, una interpretación errónea de la misma, y que más tarde ofrezcan otra u otras. Kelsen diría que no es posible decidir cuál de esas interpretaciones es la aceptable, y que, en consecuencia, todas tienen el mismo valor. En este punto no coincidimos con el famoso jurista. Es cierto que en determinados casos, tratándose, por ejemplo, de elegir los medios idóneos para el cumplimiento de un deber jurídico (laguna técnica), puede ser indiferente

cuál de los medios lícitos e idóneos de realización se escoja; pero cuando no se trata simplemente de optar entre varios igualmente aceptables, sino de fijar el sentido de una disposición legal, no es lícito admitir que tiene varios correctos; los sentidos pueden ser múltiples, pero sólo uno de ellos corresponderá a la regla expresada. La interpretación no consiste en encontrar, bajo la fórmula legal, un gran número de significaciones, sino en descubrir la norma que ha de aplicarse al caso.

CAPITULO XXVIII

PROCEDIMIENTOS DE INTEGRACION

SUMARIO

189.—El problema de la integración. 190.—La analogía como método de integración. 191.—Los principios generales del derecho. 192.—Concepto clásico de equidad. 193.—Equidad y principios generales del derecho.

189. EL PROBLEMA DE LA INTEGRACION.—Los desenvolvimientos realizados en el capítulo precedente nos condujeron a la conclusión de que la ley tiene lagunas, si bien el derecho no puede tenerlas. La existencia de éstas marca el límite de la tarea del intérprete, como tal. ¿Cuando el juez llamado a resolver una controversia descubre que las reglas interpretativas son impotentes para ofrecerle la pauta de solución que busca, tiene, para cumplir su misión específica, que formular la norma aplicable al caso o, lo que es lo mismo, debe dejar de ser intérprete para asumir un papel muy semejante al del legislador?

¿Cómo debe proceder para colmar los vacíos de las fuentes formales? Comúnmente, la misma ley prevé la posibilidad de las lagunas, e indica a los jueces de qué medios han de echar mano, a fin de llenarlas. En materia civil, por ejemplo, remite a los principios generales del derecho, o exige que el caso sea resuelto en la misma forma en que lo habría hecho el legislador.

Lo primero que el intérprete ha de investigar es si en el ordenamiento legal a que se halla sometido existen o no reglas generales de integración. Si existen, deberá sujetarse a ellas; en el caso opuesto, habrá de aplicar los procedimientos que la ciencia jurídica le brinda. Lo dicho demuestra que no es indispensable que en un ordenamiento legal figuren aquellas reglas, para que la tarea jurisdiccional pueda cumplirse. Como el juez tiene en todo caso el deber de resolver las contiendas, dentro del ámbito de sus atribuciones, la insuficiencia de la ley no puede relevarlo de tal obligación.[1]

---

[1] "El juez siempre debe de juzgar, porque la norma que lo determina a juzgar es un supuesto gnoseológico del derecho, independientemente de la acción del legislador, con

En el presente capítulo examinaremos los métodos de integración más importantes, así como algunas de las teorías elaboradas en torno a ellos. Hablaremos, en primer lugar, de la analogía, para tratar en seguida de la equidad y los principios generales del derecho.

El estudio de la analogía corresponde a este capítulo porque, como lo revelan los argumentos de Gény, el procedimiento de extensión analógica no es un medio hermenéutico. Si la analogía consiste en aplicar a un caso no previsto la disposición concerniente a una situación prevista, cuando entre ésta y aquél hay semejanza y existe la misma razón jurídica para resolverlos de igual manera, tal procedimiento queda fuera del ámbitó de la labor interpretativa, ya que sólo hay interpretación cuando existe un precepto al cual dicha tarea pueda referirse.

190. LA ANALOGIA COMO METODO DE INTEGRACION.—Los estudios modernos sobre el papel que la analogía juega en el derecho demuestran que no se trata de un procedimiento puramente lógico, ya que en él intervienen siempre juicios de valor. Es necesario, en consecuencia, señalar en primer término en qué consiste la analogía desde el punto de vista de la lógica, para indicar luego qué significación tiene en la esfera jurídica.

"En el *razonamiento analógico o por analogía* de que un objeto *A'* coincide con otro objeto *A''* en ciertas notas, *a*, *b*, *c*, que son comunes a ambos, se concluye que *A''* poseerá también la nota *p* que sabemos posee *A'*. Es un razonamiento de lo particular a lo particular análogo o de lo singular a lo singular análogo.

"Por su forma, el razonamiento analógico reviste la apariencia de un silogismo: 'la Tierra está poblada por seres vivos; Marte es análogo a la Tierra (tiene de común con ella las propiedades *a*, *b*, *c*, etc.); luego Marte debe de estar poblado por seres vivos'. Pero el razonamiento analógico no posee la fuerza probante del silogismo legítimo, del cual, por otra parte, difiere fundamentalmente. El silogismo debe su rigor a que se atiene a las leyes ideales evidentes que rigen los pensamientos; en cambio, en el razonamiento analógico se admite que a ciertas correspondencias entre dos objetos deben seguir otras, lo cual, si bien goza de cierta verosimilitud, carece en absoluto de seguridad; por este motivo el razonamiento analógico nunca termina en una resuelta afirmación.

---

validez lógica apriorística para el derecho positivo mismo y, por tanto, para el propio legislador, que es, a su turno, también órgano del derecho." C. Cossio. *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*. Buenos Aires, 1939, pág. 58.

"Es fácil advertir en qué radica la inseguridad de este razonamiento. La analogía entre dos objetos depende de la comunidad de ciertas notas: *a, b, c,* etc. *A'* y *A''*, decimos, son análogos por tener estas notas ambos. Pero para inferir con certeza que por tener *A'* la nota *p* también poseerá la misma nota *p* su análogo *A''*, deberíamos haber establecido antes que la nota *p* está ligada normalmente o con necesidad a las notas *a, b, c,* etcétera, o a algunas de ellas." [2]

Resumiendo la transcripción anterior podemos decir que la analogía supone una identidad parcial. Dos objetos son análogos cuando presentan algunas notas comunes; idénticos, cuando todas sus notas coinciden.

Si aplicamos las ideas expuestas al caso de los preceptos legales, descubrimos dos posibilidades distintas. Puede ocurrir, en efecto, que haya *analogía de supuestos* o *analogía de disposiciones.*

Conviene recordar, en este punto, lo dicho en la sección 88 acerca de los elementos de toda proposición jurídica. Los preceptos legales constan de dos partes: el supuesto y la disposición. El primero es la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de determinadas consecuencias de derecho. La segunda expresa qué consecuencias normativas se encuentran enlazadas a la realización del supuesto.

Cuando en los supuestos de dos proposiciones jurídicas existen algunos elementos comunes, cabe afirmar que son análogos. Y en este caso estamos en presencia de una *analogía de supuestos.*

Si, por el contrario, los elementos comunes se encuentran en la segunda parte de dos normas jurídicas, la analogía que entre ellas existe es *de disposiciones.*

Para explicar el funcionamiento de la aplicación analógica en el campo del derecho, no basta con examinar la analogía de normas. Hay que tomar en cuenta, asimismo, la de situaciones.

Dos situaciones jurídicas son análogas cuando entre ellas existe una identidad parcial o, lo que es lo mismo, cuando presentan ciertos elementos comunes.

1 : a, b, c, d.
2 : a, b, c, e.
3 : a, b, e, f.

Las situaciones jurídicas 1, 2 y 3 pueden considerarse como análogas, porque tienen en común las notas *a* y *b*.

---

[2] ROMERO y PUCCIARELLI, *Lógica y nociones de teoría del conocimiento,* 2ª ed., Buenos Aires, 1939, pág. 88.

Pues bien: la aplicación analógica supone la existencia de dos situaciones jurídicas análogas, una prevista y la otra no prevista por la ley.

Ejemplo:

Precepto legal:	Caso previsto:	Caso no previsto:
Supuesto: a, b, c, d.	a, b, c, d.	a, b, c, e.

Supongamos que el precepto legal tiene el siguiente enunciado: *Si a, b, c,* y *d son, debe ser X.* Esto quiere decir que al realizarse el supuesto *a, b, c, d, ipso facto* se actualiza la consecuencia jurídica *X,* expresada en la disposición. Imaginemos ahora que un tribunal debe resolver el caso *a. b, c, e,* no previsto en la ley, y encuentra que hay la misma razón jurídica para resolverlo de igual manera que el caso *a. b, c. d,* análogo al primero. Hace entonces un razonamiento analógico y atribuye al caso imprevisto las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con la ley, produce el otro.

Suele decirse que la norma que rige el previsto se aplica analógicamente al no previsto. Pero esta forma de expresión es impropia, porque lo que se aplica al caso imprevisto no es el precepto legal que resuelve el caso análogo, sino una norma nueva, que posee un supuesto jurídico diverso. La disposición formulada analógicamente es idéntica a la del precepto que prevé el caso semejante, mas los supuestos difieren entre sí. Volviendo al ejemplo podemos decir que el caso *a, b, c, d,* se encuentra previsto por un precepto legal que enlaza la disposición *debe ser X,* a la realización del supuesto *a, b, c, d;* en tanto que el imprevisto *(a, b, c, e)* es resuelto por aplicación de una norma cuyo supuesto es el de que se realicen las condiciones *a, b, c, e,* mientras que su disposición coincide con la de la regla legal.

La analogía consiste, pues, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro sólo hay una identidad parcial. La conclusión que de lo anterior se infiere es que no debe hablarse de aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino de *creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos sólo son semejantes.*

Hasta ahora hemos explicado el mecanismo lógico del razonamiento de analogía. Mas ya indicamos que la analogía jurídica o, mejor dicho,

el razonamiento jurídico por analogía, supone un previo juicio de valor sobre dos situaciones de hecho, la prevista y la imprevista. Lo que justifica la aplicación de la disposición de una ley a un caso no previsto en su supuesto no es la simple analogía de situaciones, sino la existencia de razones iguales para resolver uno y otro del mismo modo. Ahora bien: decidir si dos hechos deben producir las mismas consecuencias de derecho no es problema lógico, sino axiológico, ya que supone un juicio de valor sobre aquéllos.[3]

Para concluir el estudio de los procedimientos de integración sólo nos falta referirnos a la equidad y a los principios generales del derecho. Hablaremos en primer término de éstos.

191. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.—Casi todos los códigos modernos disponen que, en aquellos casos en que no es posible resolver una situación jurídica de acuerdo con la analogía, debe recurrirse a los principios generales del derecho. Entre nosotros, tanto el artículo 14 de la Constitución Federal como el 19 del Código Civil hacen de tales principios el último de los recursos de que el juzgador puede valerse para resolver las cuestiones sometidas a su conocimiento.

Determinar qué deba entenderse por principios generales del derecho es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica. Sostienen algunos autores que el método para descubrirlos consiste en ascender, por generalización creciente, de las disposiciones de la ley a reglas cada vez más amplias, hasta lograr que el caso dudoso quede comprendido dentro de alguna de ellas.[4] "Semejante método puede parecer

---

[3] "A nosotros nos parece fundamental transportar la analogía desde el plano de la interpretación (plano lógico), donde está confinada según la opinión tradicional, y llevarla al plano axiológico; es decir, con la analogía el legislador únicamente señala o indica los contenidos axiológicos que en primer término han de ser tenidos en cuenta por la interpretación judicial que consuma la sentencia en estos casos; y este cambio en la posición del problema encuentra su fundamento en la circunstancia de que la analogía ha sido valuada como justa, previamente, por el legislador." C. COSSIO, *La plenitud del orden jurídico*. Buenos Aires, 1939, página 134.

[4] "Siendo toda legislación un conjunto de normas que tienen entre sí una conexión íntima, aunque no siempre aparente dada la unidad del fin que es el ordenamiento de las utilidades humanas y la unidad de la idea fundamental que es la de la justicia, dicha legislación puede considerarse como un organismo que tiene fuerza propia, si bien latente, de expansión y adaptación..." Los principios generales del derecho son "los fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse. Pueden ser de hecho principios racionales superiores, de ética social y también principios de derecho romano, y universalmente admitidos por la doctrina; pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano y científico, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho y llegado a ser de este modo principios de derecho positivo y vigente." COVIELLO. *Doctrina general del derecho civil*, pág. 96 de la traducción española. La misma opinión es

tal vez sugerido por el mismo legislador, en cuanto éste invita, ante todo, al intérprete, a indagar si, en relación con una determinada controversia, existe una disposición legal precisa; después, para la hipótesis negativa, le ordena acudir a las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; y sólo en último término, es decir, cuando esta segunda hipótesis tampoco se cumple, le remite a los principios generales del derecho. Es, por tanto, fácil percibir que con esto el legislador no ha intentado realmente señalar cómo y dónde se deben buscar los principios generales del derecho, sino sólo precisar el orden de aplicación de los mismos, o sea las condiciones de su entrada en vigor." [5] Si este punto de vista fuese correcto, no habría diferencia alguna entre la formulación analógica y el descubrimiento de un principio general. El que en ciertos códigos se hable primeramente de la analogía y después de los principios generales, tiene su explicación en el hecho de que los segundos no se obtienen por un procedimiento analógico; pues, si así fuera, resultaría inútil la referencia a ellos.

Para ciertos tratadistas, principios generales son los del derecho romano; algunos afirman que se trata de los universalmente admitidos por la ciencia, y otros, por último, los identifican con los del derecho justo o natural. En una admirable monografía, Del Vecchio ha demostrado que esta postrera opinión es la única correcta.

Cuando se afirma que los principios generales son los del derecho natural, quiere decirse que, a falta de disposición formalmente válida, debe el juzgador formular un principio dotado de validez intrínseca, a fin de resolver la cuestión concreta sometida a su conocimiento. Queda excluída, por tanto, la posibilidad legal de que falle de acuerdo con sus opiniones personales.

Otra limitación ha de aceptar también: los principios generales que le sirvan de base para llenar lagunas de la ley, no deben nunca oponerse a los preceptos contenidos en ésta. Tal requisito "se funda esencialmente en la naturaleza del sistema jurídico, el cual debe constituir un todo único y homogéneo, un verdadero organismo lógico, capaz de suministrar una norma segura —no ambigua y menos aún contradictoria— para toda posible relación de convivencia. La congruencia intrínseca de las diversas partes que componen el sistema, debe resultar de-

defendido por CARNELUTTI. Los principios generales del derecho —dice este autor— "no son algo que exista fuera, sino *dentro del mismo derecho escrito*, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: son el espíritu o la esencia de la ley". FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile, I. Funzione e composizione del processo*. Padova, 1936, pág. 120.

[5] G. DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, pág. 17 de la trad. de OSORIO MORALES.

mostrada y confirmada en cada momento, confrontando las normas particulares entre sí, y también con los principios generales que con ellas se relacionan; sólo de este modo podrá el jurista adueñarse del espíritu interno del sistema y proceder de acuerdo con él en las aplicaciones particulares, evitando los errores a que fácilmente le conduciría la consideración aislada de esta o aquella norma".[6]

No hay que perder de vista que en todos aquellos casos en que las fuentes formales resultan insuficientes para procurar a la autoridad judicial un criterio de solución, quedan los jueces y tribunales colocados en situación muy semejante a la del mismo legislador. Pues así como éste, al realizar su actividad, ha de preocuparse por transformar en preceptos formalmente válidos los principios generales del derecho o, como sería preferible decir, las exigencias de la justicia, el juez está obligado a establecer las normas de decisión para los casos imprevistos, no de manera arbitraria, sino en la misma forma en que el legislador lo habría hecho, de haberlos tenido presentes. La única diferencia que entre las dos actitudes existe, radica en que el legislador debe formular reglas de índole abstracta, aplicables a un número indefinido de casos, en tanto que el juez ha de descubrir la norma de solución para una situación singular.

Si se admite que el legislador no debe nunca perder de vista esos principios generales, habrá que aceptar, igualmente, que el orden jurídico es, en mayor o menor medida, realización de tales principios, y que volver a ellos cuando el legislador guarda silencio, equivale a completar, de manera armónica y coherente, la obra legislativa.

Resolver una cuestión imprevista de acuerdo con los principios generales, quiere decir, por tanto, fallarla como el legislador lo habría hecho, si hubiera podido conocer el caso especial.

Por ello estimamos que la fórmula de integración más feliz que ha logrado acuñarse es la que consagra el artículo 1º del Código Civil suizo. Dicho artículo está concebido así: "La ley rige todas las materias a las cuales se refieren la letra o el espíritu de cualquiera de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez resuelve de acuerdo con el derecho consuetudinario y, a falta de costumbre, de acuerdo con las reglas que establecería si tuviese que proceder como legislador. Se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia."

192. CONCEPTO CLASICO DE EQUIDAD.—Qué haya de entenderse por equidad, y cuál sea la función que ésta desempeñe en la vida jurídica

---

[6] G. DE VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, pág. 17 de la trad. de OSORIO MORALES.

de un país, son interrogantes cuya dificultad, como problemas teóricos, encuéntrase en razón directa de la importancia que los mismos tienen como problemas prácticos.

El concepto clásico de equidad fue acuñado, con precisión y claridad inimitables, por Aristóteles. La definición dada por el Maestro de Estagira es, todavía, la más generalmente aceptada por los juristas modernos. La equidad desempeña, según el preceptor de Alejandro, la función de un correctivo. Es un remedio que el juzgador aplica, para subsanar los defectos derivados de la generalidad de la ley. Las leyes son, por esencia, enunciados generales. Por amplias que sean no pueden abarcar todos los casos. Hay múltiples situaciones que escapan a la previsión del más sagaz legislador. La aplicación fiel de una norma a una situación determinada, podría resultar, a veces, inconveniente o injusta. En tales circunstancias, debe el juez hacer un llamamiento a la equidad, para atemperar los rigores de una fórmula demasiado genérica. La equidad es, por consiguiente, de acuerdo con la concepción aristotélica, una virtud del juzgador.

He aquí en qué forma distingue el filósofo las nociones de equidad y justicia: "Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es por esto menos buena: la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque ésta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviese presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha ser-

vido. Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos; la cual se amolda y acomoda a la forma de la piedra que mide." (Aristóteles: *Ética a Nicómaco,* Libro V, cap. X. Traducción de Mariano de Azcárate.)

El recurrir a la equidad permite, según Aristóteles, corregir la generalidad de la ley, y substituir a la justicia legal abstracta, la absoluta justicia del caso concreto. ¿Quiere esto decir que el papel que a la equidad corresponde sea precisamente el de un correctivo de la ley? ¿No podrá desempeñar también una función supletoria, cuando no hay preceptos aplicables a una determinada situación, y el juez ha agotado los recursos que la interpretación jurídica le ofrece?. . .

193. EQUIDAD Y PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO.—En torno al problema de las relaciones que guardan entre sí la equidad y los principios generales del derecho existe literatura abundantísima. A quien desee darse cuenta de la importancia que los tratadistas han concedido a este problema, le bastará con leer, entre otros trabajos, el de Mario Rotondi que, bajo el nombre de *Equidad y principios generales de derecho,* apareció en el tomo II de la *Revista General de Derecho y Jurisprudencia* dirigida por Alberto Vázquez del Mercado, o el bello opúsculo del profesor Del Vecchio, *Los principios generales del derecho.*

Dos son las posiciones capitales adoptadas por los juristas contemporáneos frente a la cuestión que nos ocupa. Algunos, como Pacchioni y Rotondi, niegan la posibilidad de identificar la equidad con los principios generales del derecho; otros, como Osilia y Maggiore, hacen de aquélla un principio general. (Giovanni Pacchioni: *Corso di diritto civile. Delle leggi in generale.* Cap. IV, págs. 55-83. Mario Rotondi: *Equidad y principios generales de derecho.* Tomo II, núm. I, páginas 51-56 de la citada revista. Osilia: *L'equità nel diritto privato.* Roma, 1923. G. Maggiore: *L'equità e il suo valore nel diritto.* Riv. internaz. di filosofia del diritto. 1923, págs. 256-287.)

Según Osilia, "toda ley, en cuanto no es un acto de arbitrio individual, se inspira necesariamente en una cierta idea de equidad que precede a la determinación de la esfera de libertad de cada uno, a la reglamentación de sus relaciones, al modo de dirimir sus conflictos. La ley, bajo este aspecto, es la expresión más auténtica de la equidad, y esta equidad es concebible con el procedimiento de abstracción de los principios generales del derecho positivo, con los cuales se identifica".

Por su parte, Giuseppe Maggiore, en su atildado estudio sobre la equidad y su valor en el derecho, se expresa del modo siguiente: "La equidad no es una fuente, sino la fuente de derecho por excelencia y, por tanto, sería innecesario que el legislador la enumerara entre ellas para que desplegase en la vida concreta del derecho todo su valor; sería siempre fuente de éste aun cuando jamás se la mencionara.

"Pero, ¿es por otra parte cierto que nuestro legislador no la considera como fuente de derecho?"

"Creemos que, además de las referencias expresas que hace a la equidad en varias partes de nuestra legislación positiva, tiene una solemne consagración, aun cuando sea bajo otro nombre, en los llamados principios generales del derecho, mencionados en el artículo 3 de las disposiciones preliminares del Código Civil. Por motivos tanto históricos como filosóficos, consideramos que bajo el nombre de principios generales se ocultan en realidad los principios generales de la equidad. No ocurre esto en el Código Albertino; y en la elaboración de éste, el Senado de Saboya había empleado la fórmula principios de equidad para expresar 'los verdaderos fundamentos del derecho en general', de preferencia a la otra 'derecho natural'. El Código Sardo prefirió la expresión principios generales del derecho y formuló así el artículo 15: 'permaneciendo, sin embargo, el caso dudoso, deberá resolverse según los principios generales del derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias de aquél'."

Entre los defensores de la tesis contraria, figuran, como antes dijimos, Mario Rotondi y Guiseppe Pacchioni: "No creemos posible —dice el primero— formarnos de la equidad otro concepto que el que claramente han formulado Fadda y Bensa, es decir, el de un llamado excepcional del juez 'a su inspiración de ciudadano probo y honesto', no obligándole 'a inspirarse en los principios generales de su sistema, sino a elegir en el caso práctico aquellos matices que no tienen su fundamento específico en una disposición expresa, ni genéricamente pueden dar origen a un principio directivo del sistema'. Con esto queda también definida, en nuestro concepto, la función de la equidad en nuestro sistema jurídico, considerándola como un recurso del juez —al que puede acudir, después del examen de los términos de la ley— para salir de la duda, por medio de los principios generales del derecho. En otras palabras, cuando no se puede resolver una controversia con una disposición concisa y explícita de la ley, no siempre es necesario seguir el camino indicado por Brunetti, de recurrir a la analogía o, 'cuando el caso sea todavía dudoso' (art. 3º, Disposiciones Preliminares), a los principios

generales del derecho, sino que hay casos —aquellos indicados expresamente por la ley— en que el recurso genérico y previo a la equidad del juez, quitará toda duda respecto de la solución de los casos específicos.

"En esto consiste, según nosotros, la función del recurso a la equidad; y no se diga que con esto seguimos una concepción subjetiva de aquélla, que quita certeza al derecho y hace del juez un legislador; ya que la obra del intérprete es siempre subjetiva aun en los casos en que aplica la norma explícita de la ley, rehaciendo en sentido inverso la obra de progresiva abstracción del legislador, pues examina detenidamente la norma para sacar de ella la resolución del caso concreto: es éste un fenómeno interesante y una fuerza que hace del juez un instrumento inconsciente del progreso jurídico, como lo hizo notar Rümelin, y Micelli lo explicó sagazmente entre nosotros. Con el recurso a la equidad, la ley quiere evitar —en aquellos casos ordinariamente complejos, aun desde el punto de vista del mero examen del hecho— el doble proceso lógico desde lo concreto de la variedad de los casos, hasta lo abstracto de la norma, y desde lo abstracto de la norma hasta el caso concreto, y delega en el juez la facultad de aplicar su apreciación jurídica al caso en cuestión, exactamente del modo opuesto que cuando le obliga a recurrir a los principios generales."

Para concluir esta breve revista de opiniones, citaremos la emitida por Pacchioni en su *Corso di diritto civile.* "Partiendo, por tanto, de la doctrina según la cual los principios generales de derecho, mencionados en el artículo 3º de las Disposiciones Preliminares, debieran identificarse con los principios de la equidad, será fácil llegar a concluir, después de lo que hemos expuesto en el capítulo IV de este curso acerca de las relaciones entre el derecho y la equidad, que dicha doctrina no tiene fundamento alguno. Hemos demostrado, en efecto, que la equidad está constituida por un complejo de exigencias lógicas y sentimentales que idealmente hablando deberían quedar satisfechas en la aplicación de todas las normas jurídicas. No existen, pues, bien examinadas las cosas, principios o normas jurídicas que en su aplicación satisfagan el concepto y el sentimiento de la equidad o choquen contra ellos. Ahora bien, puesto que está fuera de duda que nuestro legislador no ha querido ciertamente dejar la solución de los casos no considerados por disposiciones de ley aplicables directamente, o por vía de analogía, al equitativo arbitrio del juez, pues que en todos los casos en que ha querido, y como cosa absolutamente excepcional, recurrir a este remedio, lo ha dispuesto expresamente, conviene concluir que los llama-

dos principios generales de derecho no pueden ser identificados con los principios, o sea, con las exigencias de la equidad."

Sea cual fuere la posición que se adopte frente al problema, creemos que en cualquier caso debe la equidad ser considerada como principio general de derecho, y, en realidad, como el primero de ellos o el supremo, ya que sirve de base a todos los otros. Pues si se hace una interpretación positivista de la expresión "principios generales de derecho" y se sostiene que, para llegar al establecimiento de los mismos, tiene el juez que elevarse por inducción hasta las normas más abstractas que sea posible obtener, partiendo del estudio de la rica multiplicidad de las disposiciones del derecho positivo, habrá que admitir que en el fondo de todas éstas late el anhelo —logrado o no— que sus autores tuvieron, de hacer de las mismas preceptos justos. Todo derecho positivo representa, como dice muy bien Gustavo Radbruch, "un ensayo, desgraciado o feliz, de realización de la justicia". Si esto es así, si la norma que manda al legislador hacer leyes justas y buenas, es la expresión del primero de los deberes de aquél, no puede decirse que la equidad difiera radicalmente de los principios generales del derecho. Tales principios han de ser justos; pero ser justo es también, para el legislador, un principio, el primer principio de acción.

El hecho de que la norma que ordena hacer leyes justas y dictar fallos equitativos sea la suprema norma, el más elevado principio, no nos autoriza para negar que dicha norma sea, a su vez, un principio general.

Si se interpreta a la luz de la doctrina del derecho natural el término que discutimos, la conclusión tendrá que ser la misma. En ambos supuestos, su conciencia valorativa indicará al juzgador que, sin olvidar las exigencias de la seguridad jurídica, ni oponerse a las disposiciones de la legislación vigente, debe acatar el principio que le ordena ser justo en el caso singular y que, substancialmente, en nada difiere del que manda al legislador ser justo cuando legisla. El que se afirme, siguiendo en ello al Maestro del Liceo, que la equidad es la justicia del caso concreto, no significa que la norma que ordena al juez ser justo siempre, sea concreta también, ni significa tampoco que no sea un principio general. No podemos aceptar, por tanto, la siguiente afirmación categórica de Rotondi: "aquí es precisamente donde culmina la diferencia entre los dos conceptos de equidad y principios generales: éstos constituyen lo abstracto en el complejo de un ordenamiento jurídico positivo; aquélla lo más concreto. . ."

Concreta es, incuestionablemente, la aplicación del principio; pero

el principio de equidad es, como toda norma, general y abstracto, ya que vale para una infinita serie de casos. En consecuencia, conviene no confundir, como lo hace Mario Rotondi, el acto de aplicación y la norma aplicada. Al llamar norma a la equidad, no nos referimos a una norma jurídica positiva, a un precepto escrito de la legislación, sino al principio de derecho natural que ordena al juez resolver equitativamente los conflictos de que conoce. El fundamento de validez de aquella norma hay que buscarlo en el valor de lo justo y en las exigencias que de él derivan. Equidad no significa otra cosa que solución justa de los casos singulares.

La seguridad jurídica demanda que los jueces llamados a resolver una controversia, cumplan su cometido aplicando con la mayor fidelidad posible los preceptos de la ley escrita; pero cuando en un determinado caso no hay ley aplicable y se han agotado los recursos que brinda la interpretación, la justicia exige, y el derecho positivo permite, que el juzgador se inspire en criterios de equidad, ya que no está autorizado para abstenerse de resolver las contiendas. La seguridad jurídica no sufre mengua con ello, pues la armonía que debe existir en todo sistema, impide al intérprete dictar una resolución contraria a los textos legales. El orden jurídico no se agota o resume en una serie de normas de general observancia, y conviene tener presente que al lado de las leyes, dicho mejor, subordinados a ellas y por ellas condicionados, aparecen los actos jurídicos en su infinita variedad y multiplicidad. Siendo las resoluciones judiciales aplicación de normas de carácter general, y teniendo a la vez, relativamente a sus consecuencias, la categoría de auténticas normas (individualizadas o especiales, según la terminología de los juristas de la Escuela de Viena), deben estar en armonía con los preceptos generales. La aplicación del criterio de equidad, en los casos en que existe una laguna en el derecho legislado, permite conciliar las exigencias de la justicia con las de la seguridad jurídica y, gracias a la restricción que arriba apuntamos, hace posible la realización plena de otro de los postulados capitales de la vida del derecho, a saber: la coherencia y unidad armónica de cada sistema.

CAPITULO XXIX

REGLAS DE INTERPRETACION E INTEGRACION EN EL DERECHO MEXICANO

SUMARIO

194.—El artículo 14 constitucional. 195.—La ley penal y su interpretación. 196.—Interpretación e integración de la ley civil. 197.—Papel que la equidad desempeña en el derecho mexicano.

194. EL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL.—Los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 constitucional encierran las reglas fundamentales de interpretación e integración en el derecho mexicano. El tercero refiérese a la aplicación de la ley penal; el cuarto formula las reglas de interpretación e integración en materia civil, pero sólo en relación con las sentencias. El texto de las citadas fracciones es el siguiente:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y, a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho."

En primer lugar hablaremos de la interpretación de las leyes penales.

195. LA LEY PENAL Y SU INTERPRETACION.—El párrafo tercero del artículo 14 no es, propiamente hablando, regla de interpretación, sino norma que prohibe la aplicación analógica de penas, relativamente a hechos no considerados como delictuosos.

El principio formulado en ese párrafo es el postulado más importante del derecho penal. Suele expresarse diciendo que no hay delito sin ley, ni pena sin ley *(nullum crimen, nulla poena sine lege)*. Es decir, no hay más hechos delictuosos que aquellos que las leyes penales definen y castigan. Ni más penas que las que las mismas leyes establecen.

"Nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley haya

definido como delictuosos, ni con otras penas que las establecidas legalmente.

"Así que en esta máxima se contiene una doble garantía individual: no ser penado más que por los hechos previamente definidos por la ley como delitos, *garantía criminal (nullum crimen sine praevia lege poenali)*, no ser penado con penas ni en clase ni medida diversas de las establecidas previamente por la ley para el hecho en cuestión, *garantía penal (nulla poena sine praevia lege poenali)*." [1]

La misma idea se puede expresar diciendo que la ley es la única fuente del derecho penal, o que la ley penal carece de lagunas. De aquí que se prohíba la aplicación de penas por simple analogía, y aun por mayoría de razón.

La ley penal debe aplicarse exactamente; pero ello no quiere decir, por supuesto, que no sea posible interpretarla. La ley es siempre una forma de expresión del derecho, lo cual demuestra que, en todo caso, exige ser interpretada. Lo que el artículo 14 prohíbe no es la interpretación, sino la integración de la ley penal, ya que ésta, por definición, carece de lagunas.[2]

A fin de evitar que la aplicación de la misma resulte tarea puramente mecánica, casi todos los códigos modernos aceptan la institución del *arbitrio judicial*, que permite al juez moverse dentro de cierto margen de libertad y tomar en cuenta las circunstancias especiales de cada hecho delictuoso.[3]

Además de la prohibición del argumento analógico. suele considerarse que la aplicación de las leyes penales se encuentra sujeta a otros dos principios, a saber: 1° En caso de obscuridad de la ley, es decir, cuando haya duda acerca de su sentido, debe interpretarse en la forma más favorable al acusado; 2° La interpretación extensiva sólo es lícita en favor del reo.

196. INTERPRETACION E INTEGRACION DE LA LEY CIVIL.—El párrafo cuarto del artículo 14 constitucional no es sólo regla de interpretación,

---

[1] EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*. Parte General, Barcelona, 1935, pág. 166.

[2] "Por tanto, un hecho no será punible más que cuando pueda incluirse en alguno de los tipos de delito (figura de delito) descritos en el código o ley penal, y nunca será penado con pena de clase diversa de la establecida por la ley ni aquélla podrá exceder de la medida, ni por bajo del minimum, fijado por ésta. Como en la actualidad las llamadas *medidas de seguridad* comienzan a tener en las leyes penales una importancia y extensión análogas a las de las penas, ha de entenderse aplicable también a ellas el contenido de la 'garantía penal' y, en su consecuencia, nadie podrá ser sometido a medidas de seguridad diversas de las establecidas o permitidas en la ley, ni su duración excederá de la prefijada por ésta, a no ser en los casos en que aquélla las imponga por tiempo indefinido." EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo I, pág. 166.

[3] Artículos 51 y 52 del Código Penal del Distrito Federal

sino de integración. Tiene indudablemente el defecto de referirse de modo exclusivo al acto por el cual un negocio es fallado, como si los problemas hermenéuticos, en esta materia, únicamente pudieran presentarse cuando el juez dicta sentencia. Las cuestiones interpretativas surgen no sólo al resolver los conflictos, sino en cualquier acto de aplicación de leyes y, por ende, en cualquier momento del juicio, desde la formulación de la demanda hasta el postrer acto de ejecución. La regla contenida en el artículo 19 del Código Civil es más completa, ya que el citado precepto alude, en general, a la interpretación y la integración de leyes civiles.

El párrafo cuarto del artículo 14 de la Constitución Federal dice en su primera parte que en los asuntos del orden civil la sentencia *deberá ser conforme a la letra de la ley*. ¿Quiere esto decir que las leyes civiles han de interpretarse de manera puramente literal o gramatical? En nuestra opinión, la primera parte del párrafo cuarto debe entenderse así: el juez civil ha de resolver, de acuerdo con la ley, las controversias de que conoce, cuando aquélla prevé la situación jurídica controvertida. Expresado en otro giro: el juez está ligado a los textos legales, si éstos le brindan la solución que busca.

Cuando el sentido de la ley es dudoso, debe el intérprete echar mano de todos los recursos que el arte de la interpretación le ofrece. Intervienen entonces las llamadas *interpretación histórica*, *interpretación lógica* e *interpretación sistemática*. A ello aluden las palabras "o a la interpretación jurídica". Mas no hay que olvidar que se trata de la búsqueda del sentido de la ley, y que éste no ha de identificarse con la voluntad del legislador. Si la labor interpretativa revela al juez que el caso sometido a su decisión no está previsto, tiene la obligación de colmar la laguna.

El primer problema que ahora se nos presenta consiste en determinar si tratándose de un caso no previsto por las leyes civiles, es posible recurrir a la costumbre. Las reglas contenidas en el Código Civil del Distrito Federal revelan que ésta sólo puede ser tomada en cuenta, como pauta de solución de los conflictos, cuando la ley expresamente lo autoriza. Es el caso de la *costumbre delegada*.[4]

Entre nosotros, la costumbre no puede derogar la ley. "La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior" (art. 9 del Código Civil del Distrito Federal). El artículo

[4] Ver sección 63.

10 dispone: "Contra la observancia de la Ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario".

La afirmación que hicimos antes, en el sentido de que, en materia civil, la costumbre sólo es aplicable si la ley así lo dispone, tiene su fundamento en las siguientes razones: en primer término, el artículo 14 constitucional claramente establece que, a falta de ley, el caso se resolverá de acuerdo con los principios generales del derecho, lo que significa que el recurso a ellos es el único procedimiento de integración autorizado por nuestra ley fundamental; en segundo lugar, en los códigos civiles del país hay una serie de preceptos que expresamente remiten a la costumbre o al uso, para la solución de determinados conflictos. Esta forma de delegación expresa corresponde, pues, perfectamente, al sistema consagrado en el artículo 14.

Los que remiten a la costumbre son. en el Código Civil del Distrito Federal, los siguientes:

"Artículos 996 y 997. El usufructuario de un monte disfruta de todos los productos que provengan de éste según su naturaleza." "Si el monte fuere talar o de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas o cortes ordinarios que haría el dueño; acomodándose en el modo, porción o época a las leyes especiales (legislación forestal) o a las costumbres del lugar."

"Art. 1796.—Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley".

"Art. 2607.— Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados".

"Artículo 2754. Las condiciones de este contrato (alude al de aparcería) se regularán por la voluntad de los interesados; pero a falta de convenio se observará la costumbre general del lugar, salvo las siguientes disposiciones" (arts. 2756 a 2764).

Lo que hemos dicho de la costumbre debe afirmarse igualmente de los *usos mercantiles*. A ellos alude, por ejemplo, el artículo 2º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que así dice: "Los actos y

las operaciones a que se refiere el artículo anterior (es decir, los relativos a los títulos de crédito) se rigen:

"I. Por lo dispuesto en esta ley, y en las demás leyes especiales relativas; en su defecto;

"II. Por la legislación mercantil en general; en su defecto;

"III. Por los *usos bancarios y mercantiles*, y en defecto de éstos;

"IV. Por el derecho común; declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal."

Otro problema planteado por el párrafo cuarto del artículo 14 constitucional consiste en determinar si las lagunas de la ley puedan llenarse por analogía. En algunos Códigos se ordena al juez recurrir en primer término a los razonamientos analógicos y, cuando la analogía no basta, a los principios generales. Por otra parte, ya hemos demostrado que la analogía no es método de interpretación, sino de integración, y que no ha de confundirse con los principios generales. Creemos que aquel problema debe resolverse, en lo que toca a la solución de las contiendas de orden civil, del siguiente modo: las lagunas de la ley civil pueden llenarse analógicamente, en cuanto la base del razonamiento por analogía es un principio general de derecho, que habría que formular en estos términos: la justicia exige que dos casos iguales sean tratados igualmente. Pero como el artículo 14 no habla expresamente de la analogía, como método de integración, sino que alude en bloque a los "principios generales del derecho", infiérese de aquí que el juez civil no está obligado, entre nosotros, a recurrir en primer término a ella, pudiendo resolver el caso imprevisto de acuerdo con un principio general distinto del que sirve de fundamento a la analogía. En Italia, en cambio, el juez civil debe procurar, en primer término, una solución analógica y, sólo en último extremo, recurrir a los principios generales.[5]

---

[5] "Cuando no sirva la analogía para resolver una controversia, porque la ley no contemple un caso semejante, ni siquiera una materia semejante a la en que entra el caso controvertido, hay que recurrir a los principios generales del derecho (artículo 3° de las disp. prel.), partiendo de los cuales, y por vía de una serie de deducciones lógicas, se llega a establecer la norma oportuna. Aseméjase este procedimiento al analógico, con el que hasta ha llegado a confundirse, por cuanto tiene por objeto hallar un principio que por su generalidad pueda comprender aun el caso que no guarda ninguna semejanza con ninguno de todos los demás previstos por la ley; pero difiere en cuanto falta el elemento de la comparación entre un caso y otro, constitutivo de la analogía y que fija el punto de partida." N. Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil*, pág. 95.

En relación con éstos, es interesante examinar las ejecutorias en que la Suprema Corte de Justicia ha tratado de fijar el sentido de aquella expresión. En las sentencias dictadas con motivo de los amparos promovidos por María Angelina López de Chávez (febrero 11 de 1935, tomo XLIII, página 858 del *Semanario Judicial de la Federación)* y Otilia Razgado (tomo L, pág. 283), se dice que por principios generales del derecho no debe entenderse la tradición de los tribunales, que en último análisis no es sino un conjunto de prácticas o costumbres sin fuerza de ley, ni las doctrinas de los jurisconsultos, que tampoco tienen fuerza legal, ni las opiniones personales del juez, sino "los principios consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales no sólo las mexicanas que se hayan expedido después de la Constitución Federal del país, sino también las anteriores".

En ejecutoria dictada el 15 de marzo de 1938, en un amparo promovido por Catalina Meza de Díaz y coagraviados (tomo LV, pág. 2641 del *Semanario Judicial de la Federación)*, se sostiene la tesis de que los principios generales del derecho son "verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiera pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido si hubiera previsto el caso; siendo condición de los aludidos 'principios' que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenar"...

En la primera de las tesis se adopta el criterio de que los principios generales han de inferirse de la legislación, entendiendo por tal no sólo el conjunto de los preceptos vigentes en la actualidad, sino todos los que en el país han tenido vigencia. En la segunda pretendese hacer una síntesis de diversas opiniones, a pesar de que no son compatibles entre sí. Por una parte, se afirma que los principios generales son las verdades jurídicas "notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho"; en seguida se indica que, al aplicarlos, el juez ha de estar en condiciones "de dar la solución que el mismo legislador hubiera pronunciado, si hubiere estado presente, o habría establecido, si hubiera previsto el caso" (regla del Código suizo), y, por último, siguiendo la opinión de Del Vecchio, se concluye que los principios generales deben ser congruentes con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones se trata de llenar.

En lo que toca a la primera tesis, ya hemos indicado por qué razones no es aceptable. Relativamente a la segunda conviene recordar

que la doctrina no tiene, entre nosotros, carácter de fuente formal del derecho, lo que equivale a sostener que los principios formulados por los autores no pueden, por sí mismos, servir de base a una sentencia, cuando el caso especial no ha sido previsto. Los dos últimos párrafos sí corresponden a la opinión que nosotros aceptamos, porque tanto el juez como el legislador deben inspirarse, uno al llenar las lagunas, el otro al formular la ley, en los mismos principios y, además, porque los criterios adoptados por los tribunales y los jueces para suplir las deficiencias de la legislación, deben armonizar con los preceptos de esta última.

197. PAPEL QUE LA EQUIDAD DESEMPEÑA EN EL DERECHO MEXICANO.—El artículo 14 constitucional, en su último párrafo, dice que "en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho". Si se acepta que la equidad es un principio general, el más general de los principios del derecho, tendrá que admitirse que desempeña entre nosotros papel supletorio, y que, en los casos en que no hay ley aplicable a una situación especial, y el juez ha agotado los recursos de la interpretación jurídica anteriormente explicados, puede y debe inspirarse, al dictar su sentencia, en principios de equidad.

La única restricción que en nuestro concepto debe señalarse a esta facultad del juez es la que con gran acierto indica el profesor Del Vecchio, cuando habla de los principios generales: "Si bien se mira, el legislador sólo ha establecido un requisito, en orden a la relación que debe existir entre los principios generales y las normas particulares del derecho: que entre unos y otras no haya ninguna desarmonía o incongruencia. Queda excluída *a priori* la posibilidad de aplicar un principio general en contradicción con un principio particular." En consecuencia, una resolución dictada de acuerdo con criterios de equidad, en ningún caso deberá oponerse a los preceptos legales existentes. Por la misma razón, el juzgador no está autorizado para corregir, so pretexto de que su generalidad es fuente de injusticia en una situación concreta, las normas del derecho positivo.

En nuestro país se refieren expresamente a la equidad el artículo 17 de la Ley del Trabajo, citado por nosotros en la sección 32 de esta obra, y el artículo 31, fr. IV de la Constitución Federal, que a la letra dice: "Art. 31.—Son obligâciones de los mexicanos: ... IV. Contribuir para

los gastos públicos, así de la Federación como del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes". Pero en nuestro derecho existen otras normas que tácitamente se refieren a la equidad, haciendo de ella un recurso de que el juez puede valerse, cuando no hay ley aplicable y se ha recurrido inútilmente a los procedimientos que ofrece la interpretación jurídica. Citaremos. entre otros, los artículos 18, 19, 20 y 1857 del Código Civil en vigor, que asi rezan: "Art. 18. El silencio, la obscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces y tribunales para dejar de resolver una controversia." "Art. 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho." "Art. 20. Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá en favor del que trate de evitarse perjuicios, y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados." "Art. 1857. Cuando fuere absolutamente imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo."

La referencia a la equidad es perfectamente clara en los dos últimos preceptos. Decir que un conflicto de derechos debe resolverse observando la mayor igualdad posible entre los interesados, y afirmar que debe solucionarse acatando los dictados de la equidad, es lo mismo. En el Código Civil de 1884 encontramos varias disposiciones semejantes (arts. 20, 21 y 1325).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, en relación con la equidad, la tesis siguiente: "Mientras haya normas legales de aplicación al caso, no hay por qué tratar de corregirlas, sustituyéndolas por un criterio subjetivo; mientras la ley no haya reconocido positivamente los dictados de la equidad, éstos no constituyen el derecho, y los jueces cometerían grave error si quisieran modificarla en obsequio de aquélla, o mejor dicho, de lo que consideran como equidad, pues tal

cosa implicaría un peligro de arbitrariedad. No tiene, por tanto, la equidad, en nuestro derecho, valor jurídico correctivo o supletorio de las normas legales."

Estamos enteramente de acuerdo con la Corte Suprema en el punto en que afirma que la equidad no tiene en nuestro derecho valor jurídico correctivo de las normas legales; creemos asimismo que existiendo ley aplicable a determinado caso, no está el juez autorizado para corregirla, so pretexto de que su aplicación estricta implicaría la realización de una injusticia; mas no aceptamos la otra tesis, o sea, la que afirma que en el derecho mexicano no tiene la equidad valor supletorio ninguno. Pues aun cuando no se reconozca que es el más general de los principios del derecho, tendrá que aceptarse, en cambio, que hay varias disposiciones que de manera expresa o tácita, directa o indirecta, refiérense a la equidad, haciendo de ella un expediente al cual puede el juez recurrir cuando no hay norma aplicable y las reglas de la interpretación jurídica han resultado impotentes para ofrecer la solución.

CAPITULO XXX

CONFLICTOS DE LEYES EN EL TIEMPO

SUMARIO

198. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—En principio, las normas jurídicas rigen todos los hechos que, durante el lapso de su vigencia, ocurren en concordancia con sus supuestos. Si un supuesto se realiza mientras una ley está en vigor, las consecuencias jurídicas que la disposición señala deben imputarse al hecho condicionante. Realizado éste, *ipso facto* se actualizan sus consecuencias normativas. Las facultades y deberes derivados de la realización de un supuesto poseen una existencia temporal más o menos larga. Algunas veces, la disposición normativa indica la duración de aquéllos; otras, tal duración es indefinida, y la extinción de las consecuencias de derecho depende de la realización de ciertos supuestos. Supongamos que una persona ha ganado, en juego no prohibido, determinada suma de dinero. El ganancioso tiene en este caso la facultad de exigir la entrega de tal cantidad. Si el deudor paga, extínguese concomitantemente el derecho subjetivo del acreedor y el deber jurídico del perdidoso. Y el pago interviene entonces como *hecho jurídico extintivo* de las dos citadas consecuencias.

Realizado el supuesto de un precepto legal, puede ocurrir que las consecuencias normativas se extingan totalmente durante la vigencia del precepto. Pero también puede suceder lo contrario. Imaginemos la situación siguiente: la ley 1 establece que *si A es, debe ser R*. Hallándose en vigor tal precepto, realízase su supuesto jurídico, y empiezan a producirse las consecuencias de derecho. Antes de la extinción del deber ju-

rídico *R* y de la facultad jurídica correspondiente, la ley 1 es derogada por la ley 2, concebida en estos términos: *si A es, debe ser X*. ¿Quiere esto decir que el hecho *A*, ocurrido durante la vigencia de la primera ley, no puede ya engendrar, durante la de la segunda, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con aquélla, correspondían a la realización de su hipótesis? O, planteada la cuestión con otras palabras, ¿puede aplicarse al hecho *A* la segunda ley, tomando en cuenta que el citado hecho, aunque ocurrido durante la vigencia de la anterior, corresponde al supuesto de la posterior y debe producir, de acuerdo con ésta, consecuencias jurídicas diversas de las que la otra le atribuía?

Supongamos que la primera dispone que todo hombre, al cumplir veintiún años, debe ser considerado como mayor de edad, y que otra fija en veinticinco años el principio de la mayoría. De acuerdo con lo expuesto, habrá que reconocer que todos los hombres que, durante la vigencia de la primera ley, cumplieron los veintiún años, llegaron a ser, desde ese momento, mayores de edad. Pero muchos de ellos eran acaso menores de veinticinco, al entrar en vigor la segunda, derogatoria de la primera. En estos casos, el problema consiste en determinar si esos individuos de más de veintiuno y menos de veinticinco, deben ser considerados o no, al iniciarse la vigencia de la segunda, como mayores. ¿Podrá aplicárseles dicha ley y decirse que, si bien fueron mayores de edad desde los veintiún años hasta la iniciación de la vigencia de la posterior, dejaron de serlo desde ese momento? O, para emplear la terminología usadera: ¿será correcto aplicar retroactivamente la segunda ley?

El principio general que domina esta materia es que *la ley no debe aplicarse retroactivamente en perjuicio de persona alguna*. Pero este principio no es considerado como absoluto, y todos los autores admiten que sufre excepciones.

De lo anterior se infiere la existencia de dos cuestiones capitales en materia de retroactividad, a saber: 1º Qué debe entenderse por aplicación retroactiva de una ley; 2º En qué casos debe una ley aplicarse retroactivamente.

Con gran frecuencia, las dos cuestiones son mezcladas. Las dificultades que presenta esta materia obedecen, en gran número de casos, a la confusión de tales problemas. Siguiendo el orden de su planteamiento, procuraremos, ante todo, fijar el concepto de retroactividad. La literatura jurídica acerca del asunto es extraordinariamente rica. Una exposición completa de las teorías elaboradas al respecto estaría aquí fuera de lugar. Tendremos, pues, que limitarnos a exponer las doctrinas más difundidas, atendiendo, sobre todo, a la influencia que han ejercido en

nuestro país. Queremos referirnos a la de los derechos adquiridos, conocida también con el nombre de teoría clásica; a la de Roubier y Planiol, y a la de las situaciones legales abstractas y concretas, preconizada por Bonnecase.

199. TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.—Suele considerarse a Merlin como el expositor más brillante de esta doctrina. Según el citado jurista, una ley es retroactiva cuando destruye o restringe un *derecho adquirido* bajo el imperio de una ley anterior. No lo es, en cambio, si aniquila una facultad legal o una simple *expectativa.* La tesis gira alrededor de tres conceptos fundamentales, a saber: el de *derecho adquirido,* el de *facultad* y el de *expectativa.* "Derechos adquiridos son aquellos que han entrado en nuestro dominio y, en consecuencia, forman parte de él y no pueden sernos arrebatados por aquel de quien los tenemos." [1] Como ejemplo de derechos adquiridos cita Merlin el caso de los derivados de la celebración de un contrato. Algunas veces, la ley no crea derechos en nuestro favor, sino que nos concede determinadas facultades legales, que sólo se transforman en derechos adquiridos al ser ejercitadas. "Con las facultades otorgadas por la ley sucede lo propio que con las concedidas por los individuos. Mientras no asumen la forma de derechos contractuales, son siempre y esencialmente revocables." Merlin explica en seguida qué entiende por expectativa. "Lo que decimos de la simple facultad no actualizada, ¿es aplicable a la expectativa, es decir, a la esperanza que se tiene, atendiendo a un hecho pasado o a un estado actual de cosas, de gozar de un derecho cuando éste nazca? En otros términos, ¿constituye tal esperanza un derecho adquirido? Esto depende, sea de la naturaleza del hecho, sea del estado de cosas de que aquélla deriva. La esperanza puede derivar de la voluntad más o menos contingente del hombre, o de una ley que en todo tiempo puede ser derogada por su autor. O bien, deriva de un testamento cuyo autor ha fallecido o, por último, de un contrato." [2]

En el primer caso no puede hablarse de derecho adquirido, porque la expectativa se funda solamente en un acto revocable. Por esta razón, mientras la persona que ha hecho su testamento de acuerdo con una ley, permanece en vida, una ley posterior puede neutralizar sus disposiciones testamentarias y, de este modo, echar por tierra las esperanzas que pudieran tener los herederos instituídos o los legatarios. El autor

[1] BONNECASE, *Supplément,* tomo II, pág. 113.
[2] BONNECASE, obra citada, pág. 133 del tomo II.

francés examina luego el caso de la expectativa que resulta de un testamento cuando el autor del mismo ya ha muerto. Si la institución o el legado son puros y simples es incuestionable que no debe hablarse de expectativa, sino de derecho adquirido. Pero, ¿qué debe decirse de la expectativa que tiene un heredero cuando el testador lo ha instituido condicionalmente? ¿Puede hablarse de derecho adquirido si antes del cumplimiento de la condición el heredero muere o incurre en una incapacidad? ¿Es posible que una segunda ley aniquile o restrinja las disposiciones contenidas en el testamento, mientras la condición se halla en suspenso? Merlin contesta negativamente, sosteniendo que al morir el testador, el instituido adquiere el derecho de heredar, siempre y cuando la condición se cumpla.

Igual solución ofrece en relación con los derechos contractuales cuyo nacimiento depende de que una condición llegue a realizarse. Funda su tesis en que el vínculo engendrado por el negocio jurídico sólo puede resolverse por la no realización de la condición, y no de otra manera.

200. LA TESIS DE BAUDRY-LACANTINERIE Y HOUQUES-FOURCADE SOBRE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.—La noción de derecho adquirido no permanece inmutable a través de las doctrinas de los autores que hacen de ella el eje en torno al cual giran sus ideas sobre retroactividad. Prueba de lo expuesto es la definición que del derecho adquirido dan Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade.

El punto de partida de éstos es la distinción entre *facultad legal* y *ejercicio*. La facultad legal no ejercitada es una simple expectativa que sólo se convierte en derecho adquirido en virtud del ejercicio. "El ejercicio de la facultad legal, que en cierto modo materialízase en ese acto que la traduce, es constitutivo del derecho adquirido. Y éste nos pertenece a partir de entonces, al punto de que una nueva ley no puede despojarnos del mismo sin pecar de retroactiva. No hay dificultad alguna en comprenderlo, pues la ley se destruiría a sí misma al aniquilar la obra que ha permitido en el pasado, y ello con gran perjuicio de su autoridad personal y, en seguida, de los intereses de aquellos a quienes rige, ya que entonces nada estable habría en la vida social." [3] Cuando la nueva ley destruye o restringe una facultad no ejercida durante la vigencia de la anterior, la aplicación de aquélla no puede ser vista, según los mencionados autores, como retroactiva, porque,

---

[3] Cita de BONNECASE, *Supplément*, tomo II, pág. 131.

en su concepto, tal aplicación a nadie perjudica. Para explicar su punto de vista, citan, entre otros ejemplos, el derecho de propiedad. La persona que adquiere la propiedad de una cosa se encuentra facultada, de acuerdo con la ley, para usar, disfrutar y disponer de ella; pero las facultades legales que como propietario tiene, no se convierten en verdaderos derechos adquiridos sino cuando su titular las ejercita, por lo cual, si una nueva ley las suprime o restringe, no incurre en el vicio de retroactividad. De acuerdo con lo dicho cabría distinguir las facultades legales ejercitadas durante la vigencia de la primera ley, de aquellas otras que el titular no hizo valer y que, por tanto, no llegaron a convertirse en derechos adquiridos. Las ya ejercitadas no pueden ser destruidas o modificadas por la ley nueva; las otras, en cambio, sí pueden serlo, sin que quepa hablar por ello de aplicación retroactiva.

201. CRITICA DE LA TESIS DE BAUDRY-LACANTINERIE Y HOUQUES-FOURCADE SOBRE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.—La doctrina de Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade desnaturaliza por completo la teoría clásica sobre los derechos adquiridos, al hacer depender la existencia de éstos del ejercicio de las facultades legales de las personas. Es cierto que nada impide distinguir —como lo hicimos en la sección 89 de esta obra— los derechos, como meras consecuencias normativas de la realización de un supuesto jurídico, del ejercicio de los mismos, que no es ya un derecho, sino un hecho. Mas de aquí no se sigue que las facultades legales de una persona sólo se conviertan en auténticos "derechos adquiridos" en virtud del ejercicio. Pues el derecho no deriva de su ejercicio ni, por consiguiente, puede depender de él. Es posible tener derechos y no ejercitarlos, como también lo es tener obligaciones y no cumplirlas. Hacer depender la existencia de un derecho del hecho real de su ejercicio resulta tan absurdo como pretender derivar del hecho del cumplimiento la existencia de una obligación.

Volviendo sobre el ejemplo de la propiedad, diremos que las facultades que la ley concede al dueño de una cosa son derechos adquiridos por él desde el momento en que se convierte en propietario, aun cuando los ejercite posteriormente, o nunca llegue a ejercitarlos.

202. TESIS DE PAUL ROUBIER.—La base de la teoría de los conflictos de leyes en el tiempo reside, según Roubier, en la distinción del efecto *retroactivo* y el efecto *inmediato* de la ley.

Las normas legales tienen efecto retroactivo cuando se aplican:

a) A hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior *(facta praeterita)*;

b) A situaciones jurídicas en curso, por lo que toca a los efectos realizados antes de la iniciación de la vigencia de la nueva ley *(facta pendentia)*.

Si la nueva ley se aplica a las consecuencias aún no realizadas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la precedente, no tiene *efecto retroactivo*, sino *inmediato*. En lo que respecta a los hechos futuros *(facta futura)* es evidente que la nueva ley nunca puede ser retroactiva. El problema de la retroactividad plantéase relativamente a las consecuencias jurídicas de un hecho realizado bajo el imperio de una ley, cuando, en el momento en que se inicia la vigencia de una nueva norma, tales consecuencias no han acabado de producirse. En tal hipótesis, Roubier distingue los efectos realizados antes de la iniciación de la vigencia de la segunda, de los que no se han realizado todavía al llegar esa fecha. El principio general establecido por el jurista francés se formula diciendo que la ley antigua debe aplicarse a los efectos realizados hasta la iniciación de la vigencia de la nueva, en tanto que ésta debe regir los posteriores. En algunas materias, sin embargo, el principio general deja de aceptarse. La antigua ley debe seguir aplicándose a las consecuencias jurídicas de un contrato celebrado bajo su imperio, aun cuando tales consecuencias estén en curso al entrar en vigor una nueva norma.[4]

Cuando el problema de la aplicación de las leyes en el tiempo no se plantea en relación con las consecuencias jurídicas de un hecho, sino con las condiciones de constitución o extinción de una situación jurídica, la nueva ley no puede modificar, sin ser retroactiva, tales condiciones, ya que éstas quedan comprendidas, por su misma índole, dentro del concepto de hechos pasados *(facta praeterita)*.

Si se trata de leyes que crean situaciones jurídicas desconocidas por la legislación anterior, tales leyes deben ser asimiladas a las relativas a la constitución de una situación jurídica y, por ende, no pueden atribuir a hechos o actos pretéritos el poder de constituir las nuevas situaciones.[5]

La hipótesis a que acabamos de referirnos se realizaría, por ejem-

---

[4] Roubier, *Des conflicts de lois dans le temps*, París, 1929, I, pág. 574.
[5] Roubier, obra citada, I, pág. 400.

plo, en el caso de que en determinado país se creasen nuevos tipos o formas de adopción, desconocidos hasta entonces.

203. FUNDAMENTO DE LA REGLA DE SUPERVIVENCIA EN MATERIA DE CONTRATOS (ROUBIER).—Aun cuando las condiciones de validez, las reglas sobre capacidad de los contratantes y las consecuencias jurídicas de los contratos se encuentran en gran medida prefijadas en la ley, las partes conservan, sin embargo, amplio margen de libertad, dentro del cual pueden manifestar su voluntad en múltiples formas, con vista a la producción de efectos de derecho. El contrato constituye, en este sentido, un acto de previsión. "Los contratantes, que vinculan a él sus intereses, saben qué pueden esperar del juego de las cláusulas expresas del acto, o incluso de la ley. Es evidente que la elección hecha por las partes sería inútil si una nueva ley, modificando las disposiciones del régimen en vigor el día en que el contrato fue concluido, viniese a echar por tierra sus previsiones. Cuando dos personas se casan, cuando un sujeto adquiere un usufructo o una hipoteca, encontramos indudablemente como base de tales actos un hecho voluntario; pero los interesados saben que no hay más elección que la de seguir o no el régimen legal. Por el contrario, cuando dos personas celebran una venta o un contrato de arrendamiento, saben que pueden insertar determinadas cláusulas, condiciones o modalidades del acto, y si algo esperan de la ley, es solamente una protección complementaria, en relación con lo que hubieran dejado de prever o de enunciar." [6]

204. TESIS DE PLANIOL.—La doctrina de Roubier coincide esencialmente con la de Planiol. Este autor propone la siguiente fórmula para explicar la noción de retroactividad: "Las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las *condiciones de legalidad de un acto*, sea para modificar o suprimir *los efectos ya realizados de un derecho*. Fuera de estos casos no hay retroactividad y la ley puede modificar los *efectos futuros* de hechos o de actos incluso anteriores, sin ser retroactiva." [7]

205. CRITICA DE LA TESIS DE ROUBIER.—La doctrina de Roubier tiene el mérito de distinguir con toda claridad el problema del *efecto inmediato de la ley*, por una parte, y el del *efecto retroactivo*, por la otra. Es evidente que tales cuestiones son enteramente diversas y que es necesario no confundirlas. Pero no estamos de acuerdo con el citado jurista en lo que toca

---

[6] ROUBIER, obra citada, I, pág. 598.
[7] PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, París, 1928, I, pág. 97.

a su concepto de retroactividad. Roubier considera que una ley es retroactiva cuando modifica determinadas consecuencias de derecho realizadas totalmente bajo el imperio de la ley anterior, o se aplica a efectos producidos antes de la iniciación de la vigencia de la nueva. Si se trata, por el contrario, de efectos no realizados al entrar en vigor la nueva disposición, tales efectos quedan inmediatamente sometidos a ella, sin que pueda hablarse de aplicación retroactiva. Este aspecto de la doctrina descansa en un equívoco. Nos referimos a la expresión "efectos realizados". Al hablar de las nociones de supuesto jurídico y hecho jurídico vimos cómo las consecuencias de derecho que enuncia la disposición de un precepto legal sólo pueden imputarse a las personas a que el mismo precepto se refiere, cuando se ha realizado el supuesto jurídico. De aquí se sigue que las consecuencias de derecho (facultades o deberes) se producen en el momento mismo en que el supuesto condicionante se ha realizado. Esto quiere decir que las obligaciones y derechos subjetivos que la ley enlaza al cumplimiento de la hipótesis normativa, son consecuencia inmediata de la producción del hecho jurídico. En este sentido puede afirmarse que las consecuencias de derecho existen desde el momento de la realización del supuesto, aun cuando la *realización efectiva* de tales consecuencias dependa de la producción de otros hechos jurídicos. Por ejemplo: tan pronto como el comprador y el vendedor se han puesto de acuerdo sobre la cosa y el precio, el contrato de compraventa se perfecciona y nacen determinados derechos y obligaciones en favor y a cargo de las partes. La circunstancia de que tales derechos y obligaciones sean respectivamente ejercitados y cumplidos inmediatamente o en fecha posterior, es independiente de la existencia de los mismos. De manera semejante, cuando el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho se hacen depender de la realización de otro hecho jurídico (la llegada de un término, por ejemplo), las consecuencias son anteriores a los hechos del cumplimiento y el ejercicio. Lo que ocurre es que la realización efectiva de aquéllas (cumplimiento de deberes o ejercicio de facultades) se encuentra diferida. Ahora bien: de acuerdo con la tesis de Roubier, las leyes pueden modificar o suprimir, sin ser retroactivas, los efectos de derecho —no realizados— de hechos producidos durante la vigencia de la ley anterior. Pero cuando Roubier habla de *efectos no realizados*, no alude a las consecuencias de derecho consideradas *por sí mismas*, sino al hecho de su realización efectiva, es decir, al ejercicio de derechos ya existentes, o al cumplimiento de obligaciones igualmente existentes. Pero si un derecho o una obligación han nacido bajo el imperio de una ley, y el ejercicio de aquél o el cumplimiento de ésta pue

den prolongarse durante cierto tiempo, o se hallan diferidos de algún modo, la modificación o supresión de tales consecuencias por una ley posterior es necesariamente retroactiva, ya que modifica o destruye lo que *existía ya antes de la iniciación de su vigencia.* Roubier diría que los efectos posteriores a la fecha de iniciación de la vigencia de la nueva ley, si bien ya existían, no se habían realizado; pero entonces habría que responder que la realización de una consecuencia jurídica es un mero hecho, y que lo único que una ley puede modificar o suprimir son los derechos u obligaciones derivados de la realización de un supuesto jurídico, mas no el hecho del ejercicio o del cumplimiento de estas facultades y deberes.

206. TESIS DE BONNECASE.—La tesis de Bonnecase se basa en la distinción entre situaciones jurídicas *abstractas* y *concretas.* Una ley es retroactiva, según el autor francés, cuando modifica o extingue una situación jurídica concreta; no lo es, en cambio, cuando simplemente limita o extingue una situación abstracta, creada por la ley precedente. Habrá, pues, que fijar los conceptos de situación jurídica abstracta y situación jurídica concreta.

Por situación jurídica entiende Bonnecase "la manera de ser de cada uno, relativamente a una regla de derecho o a una situación jurídica".[8] Las situaciones jurídicas pueden ser abstractas o concretas. "Situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno en relación con una ley determinada." Supongamos que una ley establece qué personas son capaces de heredar. Relativamente a todas ellas, la ley en cuestión crea una situación jurídica abstracta, en cuanto determina, de modo genérico, qué requisitos deben concurrir en un sujeto para que se halle en condiciones de ser instituido heredero. Otro ejemplo: una ley rebaja a dieciocho años la edad de la mayoría. Todos los menores de dieciocho años se encuentran, relativamente a la nueva ley, en una situación jurídica abstracta. Pero, al cumplir esa edad, la situación jurídica abstracta se transforma en concreta.

A diferencia de la abstracta, "la situación jurídica concreta es la manera de ser, derivada para cierta persona de un acto o de un hecho jurídicos, que pone en juego, en su provecho o a su cargo, las reglas de una institución jurídica, e *ipso facto* le confiere las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución".[9]

La transformación de una situación jurídica abstracta en concreta no depende, en todo caso, de la voluntad de los interesados. Algunas

[8] BONNECASE, *Supplément,* II, pág. 19.
[9] BONNECASE, *Supplément,* II, pág. 21.

veces deriva de hechos no voluntarios. El soltero puede convertir su situación jurídica abstracta en relación con el matrimonio, en una situación concreta, para lo cual le basta casarse; el sujeto capaz de heredar, en cambio, no se convierte en heredero por acto propio, sino por la muerte del testador.

Lo dicho revela que la transformación de una situación abstracta en concreta depende de un hecho o un acto jurídicos.

"El individuo que bajo el imperio de la ley antigua se había convertido en mayor por haber alcanzado la edad fijada por esa ley, no volverá a ser menor si la nueva ley aumenta la edad de la mayoría; pues, de lo contrario, la segunda ley no podrá escapar al reproche de que es retroactiva. Así, pues, si el legislador no ha formulado expresamente una voluntad contraria, el individuo ya mayor por haber cumplido veintiún años bajo el imperio de una ley que fija en veinticinco la mayor edad, no volverá a ser menor hasta los veinticinco, so pretexto de que la nueva ley ha retardado la iniciación de la mayoría." [10]

Para determinar si una persona se halla, en relación con cierta ley, en una situación jurídica, abstracta o concreta, bastará con inquirir si se han producido o no el hecho o el acto jurídico que condicionan el nacimiento de las facultades o deberes derivados de la misma norma. En caso afirmativo, la persona está, frente al precepto, en una situación jurídica concreta; en la hipótesis contraria, la situación del sujeto, frente a la ley, es abstracta y, por ende, una nueva ley puede modificarla o suprimirla, sin que quepa hablar de retroactividad.

La única limitación que debe admitirse, en conexión con este principio, es la que ya indicamos: las situaciones jurídicas concretas han de ser respetadas por la nueva ley únicamente en la hipótesis de que su aplicación retroactiva no lesione un interés de los sujetos colocados en tales situaciones. Si no hay lesión de intereses, la nueva ley debe aplicarse, aun cuando su aplicación sea retroactiva.

Si, por ejemplo, dicha ley reglamenta la materia de pruebas, sin atacar con ello los derechos substanciales de los interesados, puede aplicarse a situaciones jurídicas concretas, en cuanto su aplicación no causa a aquéllos ningún perjuicio. Si, por el contrario, perjudica a los interesados o restringe sus derechos, habrá que optar por la solución opuesta.[11]

207. CRITICA DE LA TESIS DE BONNECASE.—Creemos que la teoría de Bonnecase acerca de la noción de retroactividad es la más aceptable,

---

[10] BONNECASE, *Supplément*, II, pág. 260.
[11] BONNECASE, *Supplément*, II, pág. 270.

pero no estamos de acuerdo con la terminología empleada por el civilista francés. Las imprecisiones en que incurre, se deben, en nuestra opinión, a que su teoría no descansa sobre un análisis correcto de los conceptos jurídicos fundamentales y de las relaciones que median entre las leyes y las personas a quienes se encuentran destinadas.

Hemos repetido, en numerosas ocasiones, que en todo precepto legal hay dos partes, el *supuesto* y la *disposición*.[12] El supuesto es la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias normativas; la disposición expresa tales consecuencias. De ello se sigue que la imputación de los deberes y derechos que una ley respectivamente impone y concede, depende de que, en relación con cierta persona, se realice el supuesto jurídico.[13]

Recuerde el lector el precepto, tantas veces citado, según el cual, cuando un individuo descubre un tesoro en terreno ajeno, tiene derecho a la mitad del tesoro, y está obligado a entregar el resto al dueño del predio. Bonnecase diría que si yo soy dueño de un predio, me encuentro, en relación con aquel precepto, en una situación jurídica abstracta, porque, hasta la fecha, nadie ha descubierto un tesoro en tal propiedad. La terminología empleada por Bonnecase parece criticable, porque entre el citado precepto y mi persona no existe relación ninguna, ya que no puede aplicárseme. El hecho de que la ley formule una hipótesis que acaso llegue a realizarse en relación conmigo, no significa que, antes de la realización del supuesto, me encuentre yo en la situación jurídica hipotética y abstractamente formulada por la norma. Hablando rigurosamente, no hay situaciones jurídicas abstractas. Toda situación jurídica nace de la aplicación de un precepto de derecho y, en este sentido, es siempre concreta. Abstracta es la regla legal, no la situación jurídica.

Por otra parte, no es necesario introducir, para fijar el concepto de retroactividad, la distinción que hace Bonnecase. Basta con declarar que *una ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas de hechos realizados durante la vigencia de la anterior*. Podría también decirse: cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de la precedente. La forma de expresión es diversa, pero la idea expresada es la misma, ya que la aplicación de una ley supone siempre la realización de su hipótesis.

Observe el lector que hablamos de realización del supuesto y nacimiento de las consecuencias normativas, no de ejercicio de éstas. Los

[12] Ver sección 87.
[13] Recuérdese lo dicho en la sección 162 de esta obra, acerca de los hechos jurídicos de designación.

derechos y deberes expresados por la disposición de la ley nacen en el momento en que el supuesto se realiza, aun cuando sean posteriormente ejercitados y cumplidos o no lleguen nunca a ejercitarse ni a cumplirse. Habrá que tomar también en cuenta la posibilidad de que las obligaciones derivadas de la realización de un supuesto no sean exigibles desde el momento en que nacen. Incluso en esta hipótesis, tales obligaciones existen, aun cuando su cumplimiento no pueda reclamarse desde luego.[14] Si una nueva ley las suprime o restringe, es necesariamente retroactiva, aun cuando al iniciarse su vigencia no sean exigibles todavía.

Las explicaciones anteriores revelan que no es necesario, para establecer la noción de retroactividad, recurrir al concepto de situación jurídica. Basta con poner en juego, en función de la idea del pasado, los conceptos jurídicos fundamentales de hecho jurídico y consecuencias de derecho.

208. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. Dijimos antes que en materia de retroactividad hay dos problemas fundamentales. El primero estriba en establecer cuándo la aplicación de una ley es retroactiva; el segundo, en determinar cuándo puede una ley aplicarse retroactivamente. La primera cuestión ha quedado ya resuelta. Una ley es retroactivamente aplicada cuando suprime o modifica las consecuencias jurídicas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la anterior. La posibilidad de una aplicación retroactiva implica, por consiguiente, la subsistencia o perduración de los deberes y derechos derivados de la realización del supuesto de la ley precedente. Si tales deberes y derechos se han extinguido en su totalidad durante la vigencia de la primera norma, ya no es posible que la nueva los suprima o modifique.

En realidad, la determinación del concepto de retroactividad no ofrece grandes dificultades. Creemos haber demostrado que el verdadero problema no es el de la definición de la ley retroactiva, sino el de las excepciones al principio de irretroactividad.

¿En qué casos debe la ley aplicarse retroactivamente? O, expresado en otra forma, ¿cuándo puede una ley modificar o extinguir las consecuencias jurídicas de un hecho ocurrido bajo el imperio de una ley anterior, cuyo supuesto era idéntico al de la nueva?...

Ya hemos visto que el principio general, en esta materia, se enuncia diciendo que la ley no debe aplicarse retroactivamente en perjuicio de

---

[14] Recuérdese lo dicho en la sección 93, acerca de los hechos jurídicos de eficacia inmediata y de eficacia diferida.

persona alguna. Esto significa que *la aplicación retroactiva es lícita en aquellos casos en que a nadie perjudica.*

Algunos autores afirman que la regla de la no retroactividad sólo vale para el juez, no para el legislador. De acuerdo con este punto de vista, el autor de la ley está siempre facultado para ordenar que un precepto se aplique a hechos jurídicos pretéritos, estableciendo de este modo excepciones al principio general. Esta tesis no puede ser aceptada por nosotros en los mismos términos en que los autores europeos la han formulado, porque la regla de la no retroactividad constituye en nuestro derecho una garantía individual. En estas condiciones, es indiscutible que no vale sólo para los jueces, sino también para el legislador ordinario.[16] No tiene, pues, entre nosotros, más excepciones que la señalada por el artículo 5º del Código Civil del Distrito y las que expresa o tácitamente puedan derivar de otros preceptos de la Constitución Federal. Unicamente en los casos en que la aplicación retroactiva de una ley a nadie perjudique o cuando, a pesar de ello, la Constitución Federal autorice dicha aplicación, es posible hacer a un lado el principio general de irretroactividad.

Como ejemplo de un precepto constitucional que tácitamente admite la posibilidad de una aplicación retroactiva de las leyes relativas a la propiedad, podemos citar el párrafo tercero del artículo 27 de nuestra Constitución, que así dice: "La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular en beneficio social el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública..."

209. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN MATERIA PENAL.—Interpretando *a contrario sensu* el principio general de que ninguna ley debe producir efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna, llégase a la conclusión de que la retroactividad es lícita cuando,

---

[15] "La Constitución prohibe los efectos retroactivos de la ley, en términos absolutos, con tal de que causen perjuicios a alguien. Confirma la prohibición al disponer que el juicio que debe seguirse para cambiar de cualquier modo la condición jurídica de una persona, tiene que ser conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. De ello se infieren dos cosas: 1º) que el legislador se fijó en un hecho que marca el punto de separación entre la ley anterior y la nueva; es el que, al realizarse bajo la vigencia de aquella ley crea una situación jurídica (la concreta) que la ley nueva no puede modificar, ya que no es de aplicarse al caso por ser posterior al referido hecho; 2º) que el mismo legislador prohibió dar efectos retroactivos a cualquier ley, ya fuera de derecho público o de derecho privado, si tales efectos causaban perjuicio jurídico a alguna persona, esto es, modificaban sus derechos o aumentaban sus obligaciones, nacidos al amparo de la ley anterior." TRINIDAD GARCÍA, *Introducción al Estudio del Derecho*, primera edición, México, 1935, pág. 104.

lejos de perjudicar, beneficia a los particulares. Por esa razón suele admitirse que, en materia penal, las leyes que reducen una pena deben tener siempre efectos retroactivos, ya que tales efectos resultan benéficos para el condenado.

De acuerdo con algunos autores, la regla a que acabamos de referirnos vale no sólo en los casos en que al entrar en vigor la ley más benigna aún no se ha dictado sentencia firme, sino también en aquellos en que el reo ha sido condenado por sentencia irrevocable y se encuentra sufriendo su condena.[16] Para que la aplicación retroactiva de la nueva ley sea posible, es necesario, por ende, que las consecuencias jurídicas de la anterior no se hayan extinguido, ya que, en esta última hipótesis, carecería de sentido hablar de retroactividad. Si un hombre es condenado a treinta años de cárcel, por haber matado a un semejante, y una nueva ley reduce el monto de la pena correspondiente al homicidio, pero entra en vigor cuando ya el condenado cumplió su condena, resulta imposible aplicar retroactivamente aquel precepto.

En lo que toca a las medidas de seguridad, casi todos los penalistas estiman que deben aplicarse retroactivamente. Como no tienden a imponer "una expiación dolorosa, sino a corregir y proteger al delincuente, la ley debe tener siempre efecto retroactivo, pues es de suponer que la medida de seguridad instituida por la ley posterior, vigente en el momento de la aplicación, es la más adecuada al fin de corrección y tutela que estas medidas persiguen".[17]

210. EL DERECHO PROCESAL Y EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD. En lo que atañe al derecho procesal es indispensable distinguir cuidadosamente los hechos jurídicos *materiales* de los propiamente *procesales*. Puede hablarse de aplicación retroactiva de la ley procesal sólo cuando ésta destruye o restringe las consecuencias jurídicas de un hecho de naturaleza procesal ocurrido durante la vigencia de la anterior. "La aplicación de la norma procesal posterior no queda excluida por la circunstancia de que los hechos cuya eficacia jurídica se discute, hayan ocurrido mientras estaba en vigor una ley procesal distinta, sino únicamente por la circunstancia de que, durante la vigencia de ésta, hayan ocurrido *los hechos a que se atribuye la eficacia jurídica procesal.*" [18]

Si una ley cambia la forma y requisitos de la demanda judicial, puede aplicarse aun cuando se trate de hechos de índole material ocurridos

---

[16] Esta solución no es aceptada por el Código Penal del Distrito Federal. Ver artículo 56.
[17] CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, pág. 187.
[18] CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 96.

mientras se hallaba en vigor una ley procesal diversa. En cambio, no debe aplicarse a hechos procesales ocurridos antes de su entrada en vigor. Expresado en otra forma: las demandas ya formuladas al aparecer la nueva ley, deben quedar sujetas a los requisitos de forma señalados por la precedente.

Por regla general, las leyes procesales contienen una serie de artículos transitorios, que fijan los criterios para la solución de los diversos conflictos en relación con el tiempo. Podemos citar, como ejemplo, los artículos 2º y 3º transitorios del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

CAPITULO XXXI

CONFLICTOS DE LEYES EN EL ESPACIO

SUMARIO

211. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—Toda ley tiene un ámbito temporal y un ámbito espacial de vigencia. Esto significa que sólo obliga por cierto tiempo, y en determinada porción del espacio.

En lo que toca al ámbito temporal, hemos visto ya cómo es posible que una ley se aplique no sólo a los hechos jurídicos ocurridos a partir de la iniciación de su vigencia, sino a las consecuencias normativas de hechos anteriores, inicialmente regidos por otra ley. Ello implica la coincidencia de los supuestos de ambas leyes, así como la divergencia de sus disposiciones y la perduración de las consecuencias normativas nacidas bajo el imperio del primer precepto.

Los problemas relacionados con la aplicación de leyes que tienen diferente ámbito temporal de vigencia suelen ser llamados *conflictos de leyes en el tiempo*. Paralelamente a éstos se habla de *conflictos de leyes en el espacio*. El supuesto ineludible de los últimos es la coexistencia de preceptos legales relativos a los mismos hechos, pero que pertenecen a sistemas jurídicos cuyos ámbitos espaciales de vigencia son distintos.

En rigor, los llamados conflictos de leyes en el espacio no solamente se refieren a la determinación del ámbito espacial, sino a la del *personal de vigencia* de los preceptos legales. Pues, como luego veremos, no se trata únicamente de inquirir qué ley debe aplicarse en tal o cual lugar, sino de saber si a una cierta persona debe aplicársele su propia ley o la extranjera. Otras veces el conflicto existe entre preceptos de diferentes provincias de un mismo Estado, o entre leyes de distintas partes de una Federación.

Se ha dicho que la expresión *conflictos de leyes* no es correcta, porque tratándose de problemas de aplicación de normas de diferentes sistemas jurídicos, hablar de conflictos entre preceptos de dichos sistemas equivaldría a aceptar la existencia de una pugna de soberanías. Siguiendo la opinión de Fiore,[1] pensamos que sería preferible emplear la expresión *problemas sobre la autoridad extraterritorial* de la ley, porque de lo que en realidad se trata, cuando tales cuestiones se presentan, es de saber si determinada ley, que en principio se aplica dentro del ámbito espacial del sistema jurídico a que pertenece, puede también aplicarse fuera de ese ámbito, es decir, extraterritorialmente.

Aun cuando casi todos los autores reconocen los inconvenientes de la expresión *conflictos de leyes en el espacio,* no dejan por ello de emplearla, dejándose llevar por la fuerza de la tradición. Pensamos que la vieja terminología no ofrece ningún peligro, si se tiene el cuidado de precisar claramente el sentido de aquellas palabras.

Los llamados conflictos de leyes en el espacio se reducen siempre a establecer el carácter territorial o extraterritorial de determinado precepto. En principio, las leyes vigentes en un Estado se aplican dentro del territorio del mismo. Lo que en derecho público se llama territorio no es otra cosa que el ámbito *normal* de vigencia del orden jurídico de un Estado, en relación con el espacio. Decimos "normal" porque en ciertos casos se admite la posibilidad de que la ley obligatoria en el territorio de un Estado se aplique fuera de él, o la de que la ley extranjera tenga aplicación en el nacional.

"La validez del sistema normativo que constituye el orden jurídico estatal —dice Kelsen— se circunscribe, en principio, a un determinado territorio. Los hechos que regulan esas normas tienen la nota especial de que han de ocurrir precisamente en un territorio determinado. Sólo en virtud de esta limitación del ámbito espacial de validez de las normas es posible la vigencia simultánea de varios órdenes estatales, sin incurrir en conflicto unos con otros, dada la variedad de sus contenidos. Esta limitación del ámbito espacial de validez no deriva en modo alguno de la esencia de la norma de derecho considerada en sí misma; no puede alcanzarse más que por determinación positiva." [2]

La existencia de los problemas de que hemos venido hablando es consecuencia necesaria de la pluralidad de legislaciones, ya sea en el interior de un Estado, ya en el orden internacional. Como la actividad de las personas no se desenvuelve siempre, desde el punto de vis-

---

1 FIORE, *Derecho Internacional Privado,* tomo I, pág. 49 de la edición española.
2 KELSEN, *Teoría General del Estado,* trad. LEGAZ, pág. 181.

ta del derecho, en el ámbito espacial de vigencia del Estado a que pertenecen, sino que puede desarrollarse en territorio extranjero, o en relación con personas de diferente nacionalidad, o con bienes ubicados en otro Estado, a menudo surgen las cuestiones concernientes a la autoridad extraterritorial o puramente territorial de las diversas normas.

Supongamos, dice Allara, que un ciudadano italiano, propietario de bienes situados en Francia, hace su testamento en Alemania, instituye heredero a un ciudadano suizo, y muere en Inglaterra. Surge entonces el problema de saber si la sucesión testamentaria debe regirse por la ley del Estado a que pertenece el testador, o por la del país en que los bienes se hallan ubicados, o por la del lugar en que se hizo el testamento, o por la del Estado a que pertenece el heredero, o por la de aquel en que ha muerto el testador.[3]

212. LOS CONFLICTOS DE LEYES Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—El problema de los conflictos de leyes en el espacio es la más importante de las cuestiones estudiadas por el derecho internacional privado, mas no la única. En opinión del célebre internacionalista Niboyet, aquella ciencia debe tratar tres cuestiones fundamentales, a saber:

1º Problema de la nacionalidad.
2º Problema de la condición de los extranjeros.
3º Conflictos de leyes en el espacio.

La nacionalidad suele ser definida como "el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado". Desde el punto de vista de dicho vínculo, los individuos divídense en nacionales y extranjeros. Establecida tal división, relativamente a una organización política determinada, ocurre preguntar cuáles son los derechos de los no nacionales de cada país. Este es el llamado problema de la condición de los extranjeros. Resuelto el segundo punto, puede presentarse un tercer problema, el conflicto de leyes. Los tres interrogantes guardan entre sí relaciones íntimas, y el orden de su planteamiento es el mismo que hemos indicado. Antes de inquirir cuáles son los derechos de que gozan los extranjeros, hace falta indagar quiénes tienen en cada país ese carácter. De modo análogo, el conflicto de leyes no puede surgir si antes no se ha resuelto, en conexión con cada caso, la condición de los no nacionales.

---

3 MARIO ALLARA, *Le nozioni fundamentali del diritto privato*, I, pág. 48.

Supongamos, dice Niboyet, que un extranjero quiere contraer matrimonio en España con una española. Antes de averiguar qué ley habrá que aplicar, es indispensable resolver el segundo problema, es decir, si ese extranjero tiene o no, de acuerdo con la ley española, derecho a contraer matrimonio en España. Pues el conflicto de leyes sólo puede surgir en la hipótesis de que la ley nacional conceda al extranjero el derecho que éste pretende adquirir. En el supuesto contrario, ocioso sería plantear el conflicto de aplicación.

Pongamos otro ejemplo, en relación con nuestro derecho. El artículo 27 de la Constitución Federal, en su fracción IV, dice que "las sociedades comerciales, por acciones, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas. Las sociedades de esta clase que se constituyeren para explotar cualquiera industria fabril, minera, petrolera o para algún otro fin que no sea agrícola, podrán adquirir, poseer o administrar terrenos únicamente en la extensión que sea estrictamente necesaria para los establecimientos o servicios de los objetos indicados, y que el Ejecutivo de la Unión, o los de los Estados, fijarán en cada caso".

Tomando en cuenta el precepto transcrito, es indiscutible que no tiene sentido preguntar de acuerdo con qué ley habrá de celebrarse un contrato de compraventa de una finca rústica que una sociedad extranjera por acciones pretenda adquirir en México, porque la Constitución Federal prohíbe terminantemente, a toda sociedad comercial de ese tipo, la adquisición, posesión o administración de tales fincas.

El problema de la condición de los extranjeros debe, naturalmente, resolverse de acuerdo con la legislación de cada país. Sólo la mexicana, por ejemplo, debe ser consultada para determinar de qué derechos gozan en México los no nacionales.

Tratándose del otro problema, en cambio, la aplicable no es siempre la misma: "se aplica la ley que sea competente en virtud de las reglas del conflicto de leyes, ya la nacional, ya la extranjera".[4]

213. CARACTER NACIONAL DE LAS REGLAS REFERENTES A LOS CONFLICTOS DE LEYES.— Las relativas a la solución de los conflictos de leyes poseen carácter nacional. Esto quiere decir que no se ha podido llegar a establecer un derecho internacional privado uniforme. La consecuencia que lógicamente se infiere de tal situación, es la de que puede haber tantos sistemas distintos de solución de conflictos de leyes en el espacio como órdenes jurídicos.

---

[4] NIBOYET, *Derecho internacional privado*, pág. 9 de la traducción castellana.

En las legislaciones de casi todos los países existen diversas reglas de derecho internacional privado, destinadas a la solución de los problemas de que tratamos. En estas condiciones, es indudable que los jueces de un Estado tienen el deber de someterse, para solucionar dichos conflictos, a sus propias leyes sobre tal materia. En México, verbigracia, los llamados a resolver un conflicto de tal clase están obligados a fundarse en el derecho internacional privado mexicano, es decir, en las reglas de solución de conflictos contenidas en nuestros códigos.

Es necesario, en relación con este punto, distinguir con todo esmero las reglas de solución de los conflictos dc leyes en el espacio, o reglas de derecho internacional privado, de las de solución del caso concreto, que pueden ser de derecho civil, administrativo, penal, etc. Las primeras indican, en conexión con leyes que pertenecen a diferentes sistemas jurídicos, qué preceptos legales han de aplicarse; las otras resuelven el caso singular, una vez que se ha dilucidado la cuestión de derecho internacional privado. Supongamos que un suizo, domiciliado en México, vende a un mexicano una casa que el primero tiene en la ciudad de Ginebra. ¿Qué ley deberá aplicarse para determinar la forma del contrato? El Código Civil del Distrito Federal establece, en su artículo 15, que "los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen". De aquí se infiere que si la venta se celebra en la ciudad de México, la forma del acto habrá de regirse por los preceptos de aquel código, concernientes al contrato de compraventa. Estos últimos constituyen, en el caso del ejemplo, las reglas de solución del caso concreto, mientras que el mencionado artículo 15 es la regla de derecho internacional privado, o de solución del conflicto de leyes.

Las normas de derecho internacional privado son, frente a las de solución del caso concreto, de carácter secundario, en cuanto sólo tienen sentido en relación con éstas.[5] Las de solución del caso, en cambio, son primarias relativamente a las otras.

Cuando en la legislación del país en que el conflicto se plantea hay preceptos que permiten resolverlo, el juez nacional tiene el deber de aplicarlos, a fin de determinar cuál es la ley a que deberá sujetarse la solución del caso; pero bien puede suceder que en el derecho vigente en ese país no exista la norma que se busca. En tal hipótesis, el juez tendrá que formular la de derecho internacional privado, a fin de re-

[5] Ver sección 86.

solver la cuestión previa. Esto significa que en el derecho vigente en su país existe una laguna, y que ésta tendrá que ser colmada.[6]

214. LA TEORIA DE LOS ESTATUTOS.—El problema de los conflictos de leyes en el espacio redúcese a la determinación de la autoridad territorial o extraterritorial de los diversos preceptos. Planteada la cuestión en tales términos, tres tipos de solución aparecen ante nosotros como lógicamente posibles: *a)* El principio de la territorialidad absoluta; *b)* El de la extraterritorialidad absoluta; *c)* El de la territorialidad y la extraterritorialidad combinadas (sistema mixto).

De acuerdo con el primer principio, las leyes de cada Estado se aplican exclusivamente dentro del territorio del mismo, y a todas las personas que en él se encuentren, sean nacionales o extranjeras, residentes o transeúntes. Esta forma de solución, concebible en teoría, pero irrealizable en la práctica, sería en realidad la supresión del problema, pues si las leyes vigentes en un país se aplicasen sólo dentro del territorio del mismo, a todas las personas, sin excepción, el conflicto de leyes no llegaría nunca a suscitarse.

Se ha escrito que la aplicación rigurosa del principio de la territorialidad implica la total incertidumbre acerca de la existencia y perduración de los derechos. "Rodenburgh observaba que si éstos debían ajustarse a la ley de los lugares en que la persona podía residir, el estado del individuo cambiaría en cada viaje, lo que es un absurdo, pues equivaldría a suponer que se puede ser a un mismo tiempo mayor en una parte, menor en otra, aquí *alieni,* allí *sui juris,* etc. Se pensó, pues, en que para la utilidad común, y teniendo en cuenta cierta necesidad social, era indispensable dar estabilidad y certeza al estado de las personas, y modificar los principios del derecho estricto por la *comitas gentium.*" [7]

La convicción de que el principio de la territorialidad no podía admitirse de manera absoluta, llevó a los juristas de la Edad Media a investigar cuál era el mejor criterio de clasificación de los preceptos legales, en función de su ámbito espacial de vigencia. Nació así, en la Escuela de los Comentaristas, la famosa teoría de los estatutos.

La Escuela de los Comentaristas, o Postglosadores, apareció a mediados del siglo XIII y llegó a su apogeo en el siguiente, con Cino de Pistoia, Bártolo y Baldo. La misión que la citada escuela pretendía realizar no era simplemente el comentario del *Corpus juris* romano, tarea

---

6 Ver capítulo XXVIII.
7 P. FIORE, *Derecho Internacional Privado,* I, pág. 89 de la traducción castellana.

cumplida ya por la escuela boloñesa de los Glosadores, sino la elaboración de un derecho común "capaz de satisfacer, sobre todo, las necesidades de Italia".[8]

Bártolo se plantea, por vez primera, el problema de la vigencia espacial del derecho extranjero, y ofrece, para resolverlo, la distinción entre leyes relativas a las cosas —*circa rem*—, leyes concernientes a las personas —*circa personam*— y leyes que versan sobre la forma de los actos, "distinción de la que sale luego la teoría de los estatutos personales, reales y mixtos, básica todavía en nuestro derecho internacional privado".[9]

La palabra "estatuto", empleada por los juristas italianos del siglo XIV, es sinónima de ley. Hablar de *personalidad* o *realidad* de los estatutos es, pues, lo mismo que decir personalidad o realidad de la ley.

Trazada la distinción entre estatutos personales y reales, se formuló la regla de que los primeros acompañan por todas partes al sujeto, en tanto que los segundos sólo tienen vigencia dentro del territorio de cada Estado. Las leyes relativas a la condición jurídica de las personas, como, por ejemplo, las que fijan la mayor edad a los veinticinco años, son extraterritoriales, mientras que las que atañen directamente a las cosas, por el contrario, son por esencia territoriales. Relativamente a las que determinan la forma de los actos jurídicos establecieron los comentaristas la célebre regla *locus regit actum* o, lo que es lo mismo, el principio de la territorialidad.[10]

La llamada *Escuela Francesa,* que floreció en el siglo XVI y tuvo como fundador y principal representante al famoso jurista Bertrand D'Argentré (1519-1590), defendió la idea de que, en principio, todos los estatutos son reales, siendo la extraterritorialidad una excepción impuesta por las exigencias del comercio jurídico internacional.

La doctrina francesa fue introducida en Flandes por los jurisconsultos Burgundius y Rodenburgh, y el examen crítico de la misma por los

8 R. Sohm, *Instituciones del derecho privado romano,* pág. 129 de la traducción de W. Roces.

9 R. Sohm, obra citada, pág. 14.

10 "La teoría pareció muy sencilla y propia para toda controversia, y fue aceptada por la mayor parte de los jurisconsultos. D'Argentré, Rodenburgh, Burgundius, Voet, Boullenois, Molineo, Stockmans y otros, tomaron por base de sus investigaciones la distinción que acabamos de indicar; pero en la aplicación práctica de la regla suscitáronse tantas dificultades entre sus mismos defensores, que no pudieron conseguir evitar interminables controversias. ¿Cómo establecer, con las definiciones que ellos han dado, cuándo la ley es real y cuándo es personal? Algunos, partiendo del principio de que las leyes que determinan las relaciones de las personas con las cosas son leyes reales, han supuesto que los derechos de toda familia extranjera sobre sus propios bienes, los derechos del padre sobre los bienes del hijo, y otros semejantes, debían ajustarse a la *lex rei sitae,* porque los estatutos a que se refieren son reales; otros, considerando que algunas de esas disposiciones modifican el estado de la per-

autores holandeses dio origen a una nueva teoría, conocida con el nombre de *doctrina de la cortesía internacional.* Esta doctrina tiene como representantes principales a Pablo Voet (1610-1677), Juan Voet (1647-1714) y Ulrich Huber (1636-1694).

Los citados jurisconsultos aceptan la tesis, defendida ya por D'Argentré, de la autoridad territorial de los estatutos, pero estiman que las excepciones que el mencionado principio sufre no derivan, en modo alguno, de obligaciones jurídicas, sino que son simplemente resultado de una serie de actos de cortesía internacional. "Los jueces no están jurídicamente obligados a observar las leyes extranjeras, pues esto es contrario a la independencia de los Estados. Si conviene, no obstante, aplicar en cierta medida las leyes extranjeras, es sólo por *cortesía internacional.* Esta cortesía tiene por único fundamento el interés bien entendido de cada Estado. Se aplicarán las leyes extranjeras para obtener también la aplicación de las propias en el extranjero. Con el fin de obtener una reciprocidad deseable, se procederá cortésmente en la medida en que se considere que necesitamos de los demás." [11]

215. DOCTRINA DE PILLET.—Entre las doctrinas contemporáneas acerca de los conflictos de leyes, una de las más interesantes es la del jurista francés Pillet. Este autor parte del principio de que el derecho internacional privado debe tener como base el *respeto de las soberanías.* El respeto de las soberanías por los diversos Estados no puede ser considerado como concesión graciosa o acto de mera cortesía internacional, sino que encuentra su fundamento en normas jurídicas obligatorias para todos los Estados.

Pero ¿en qué forma resultan compatibles el respeto de las soberanías y la autoridad extraterritorial de ciertas leyes? Para responder a este interrogante es necesario examinar, ante todo, cuál es el objeto social que los preceptos legales persiguen.

En el derecho interno, éstos poseen dos características fundamentales: *generalidad* y *permanencia.*

La ley es *permanente* en cuanto se aplica a las personas de una manera constante, sin interrupción ninguna. Así, por ejemplo, los preceptos relativos a los menores son permanentes en cuanto acompañan a

---

sona, han dicho que esos estatutos debían ser considerados como personales; otros, en fin, y principalmente D'Argentré, no pudiendo clasificar ciertas relaciones jurídicas en las dos categorías mencionadas, se constituyeron en defensores enérgicos de los estatutos mixtos. Esta nueva clasificación fue aceptada por G. VOET, por su padre PABLO, por VINNIO y otros, pero fue combatida por muchos, lo cual aumentó las controversias entre los defensores de la misma doctrina." P. FIORE, *Derecho internacional privado*, t. I, pág. 91.

[11] NIBOYET, *Derecho internacional privado*, pág. 22 de la traducción castellana.

éstos desde su nacimiento hasta el día en que alcanzan la mayor edad. Las leyes son al mismo tiempo *generales*, ya que se aplican a todos los sujetos y a todas las relaciones jurídicas, dentro de su ámbito territorial de vigencia: "En Inglaterra, por ejemplo, la ley inglesa es permanente en el sentido de que rige a los ingleses de una manera constante; y es *general* en su aplicación, en el sentido de que rige en Inglaterra todas las relaciones jurídicas." [12]

Las dos características apuntadas no pueden subsistir desde el punto de vista del derecho internacional privado, porque mientras la idea de generalidad implica la de territorialidad, la de permanencia conduce al principio opuesto, es decir, a la aplicación extraterritorial. Pero los estatutos no pueden ser, al propio tiempo, territoriales y extraterritoriales.

Para determinar cuál de los dos atributos debe desaparecer, al surgir el conflicto de leyes, es necesario examinar el *objeto social* que éstas persiguen.

Habrá que examinar en cada caso "si el objeto que se propone la ley exige que ésta sea permanente o que sea general. ¿Qué sacrificio será menor? ¿Dejaremos a la ley su permanencia o su generalidad? Vamos a demostrar con un ejemplo que la noción del objeto social permite fácilmente encontrar una respuesta. El objeto de una ley referente a un menor, ¿consistirá en que los súbditos no pueden escapar a su acción, al mismo tiempo que los súbditos extranjeros permanecen sometidos a las de sus propios países? Plantear la cuestión es resolverla. Es indudable que el carácter preponderante de una ley acerca de los menores es el de conservar su permanencia, pues si no fuese permanente, no podría cumplir su fin. No nos importa saber si ciertos extranjeros en España están bajo la acción del Código Civil español; esto nos es indiferente. Lo que nos importa es que determinados españoles, que por azares de la existencia están en el extranjero, continúen sometidos a las reglas que acerca de las incapacidades contiene aquel Código Civil. Inversamente, otras leyes no necesitan de la permanencia para cumplir su objeto social en las relaciones internacionales, sino que necesitan, por el contrario, de la generalidad. Las leyes penales y fiscales pertenecen a este grupo. Cuando el legislador las dicta, no tiene en cuenta la nacionalidad de los individuos; lo que le interesa es la objetividad del problema". [13]

Es posible que en ciertos casos surjan dudas sobre el verdadero objeto de la ley. Para resolverlas, conviene tomar en cuenta no sólo

---

[12] NIBOYET, obra citada, pág. 241.
[13] NIBOYET, obra citada, pág. 243.

la finalidad que el legislador se propuso conseguir, sino, ante todo, el interés que cada norma protege. Si, por ejemplo, un precepto legal beneficia primordialmente a un particular, deberá ser *permanente;* si, por el contrario, tiende a la protección de intereses colectivos, deberá conservar su *generalidad.*

216. REGLAS DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN EL ESPACIO.—El Código Civil del Distrito Federal contiene, en sus artículos 12 a 15, una serie de reglas de derecho internacional privado. El primero de dichos preceptos enuncia el principio general de la territorialidad de las leyes mexicanas, con inclusión de las que se refieren al estado y capacidad de las personas. El segundo indica cuál es la legislación aplicable a los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados en el extranjero, cuando los efectos de tales contratos y actos deban ser ejecutados en la República. Refiérase el tercero a los bienes, muebles o inmuebles, ubicados en el Distrito Federal. Y el último consagra el principio de que los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar en que se celebren. Examinemos ,por su orden, las cuatro reglas a que acabamos de referirnos.

a) Leyes relativas al estado y capacidad de las personas.—Se entiende por *estado* de una persona el conjunto de sus cualidades jurídicas.[14] Determinan el estado un conjunto de hechos productores de consecuencias de derecho, entre los que figuran, en primer término, el nacimiento, la mayoría de edad, la emancipación, la interdicción, el matrimonio, el divorcio, la filiación y la patria potestad.

La *capacidad* suele ser definida como la aptitud que una persona tiene "de ejercitar los derechos cuyo disfrute le corresponde."[15] Esta definición supone la distinción entre la capacidad de *goce* o *de disfrute* y *la de ejercicio de los derechos.*

El Código Civil de 1884, en su artículo 12, establecía que "las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias para los mexicanos del Distrito Federal y Territorios de la Baja California, aun cuando residan en el extranjero, respecto de los actos que deban ejecutarse en todo o en parte en las mencionadas demarcaciones". La lectura del precepto transcrito revela que en materia de leyes concernientes al estado y capacidad, el Código de 1884 adoptaba el prin-

---

[14] J. P. NIBOYET, *Principios de Derecho Internacional Privado,* trad. de RODRÍGUEZ RAMÓN, pág. 550.
[15] J. P. NIBOYET, obra citada, pág. 551.

cipio del estatuto personal respecto de los mexicanos, tratándose de actos que hubieran de ejecutarse, total o parcialmente, en las citadas demarcaciones.[16]

En el Código vigente se adopta el principio opuesto, según se infiere del texto de su artículo 12: "Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieran al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes." Este precepto establece, pues, el principio general de la territorialidad de las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas. Más adelante veremos cuáles son las excepciones que el mismo ordenamiento establece, en conexión con aquel principio.

b) Actos jurídicos celebrados en el extranjero.—El artículo 13 del Código Civil de 1928 dispone que "los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el Territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código". El artículo 13 del vigente coincide con el 16 del anterior, concebido en estos términos: "Las obligaciones y derechos que nazcan de los contratos o testamentos otorgados en el extranjero, por mexicanos del Distrito y de la California, se regirán por las disposiciones de este Código, en caso de que dichos actos deban cumplirse en las referidas demarcaciones."

El artículo 17 del propio Código establecía lo siguiente: "Si los contratos o testamentos de que habla el artículo anterior fueren otorgados por un extranjero y hubieren de ejecutarse en el Distrito o en la California, será libre el otorgante para elegir la ley a que haya de sujetarse la solemnidad interna del acto en cuanto al interés que consista en bienes muebles. Por lo que respecta a los raíces, se observará lo dispuesto en el artículo 13."

c) Bienes situados en el Distrito Federal.—El artículo 13 del Código Civil de 1884 dice que los bienes ubicados en el Distrito Federal se regirán por las leyes mexicanas, aun cuando sus dueños sean extranjeros.

---

16 "El Código de 84, como el de 70, en materia de leyes concernientes a las personas, se refirió sólo a los mexicanos, al igual que algunos Códigos extranjeros inspiradores de los nuestros se refirieron exclusivamente a sus respectivos nacionales; no obstante esto último, las disposiciones de dichos Códigos extranjeros se han comentado unánimemente en el sentido de que consagran el principio del estatuto personal, trátese de extranjeros o de nacionales; no habría razón para suponer que nuestro legislador aceptó en principio el texto extranjero sin admitir su interpretación corriente." TRINIDAD GARCÍA, *Introducción al Estudio del Derecho*, pág. 117.

Esta regla ha sido extendida a los bienes muebles, cuando tales bienes se encuentren situados en el Distrito Federal. "Los bienes inmuebles, sitos en el Distrito Federal, y los bienes muebles que en el mismo se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando los dueños sean extranjeros" (art. 14 del Código Civil vigente).

d) Formas extrínsecas.—En lo que toca a las formas extrínsecas o "condiciones de forma" de los actos jurídicos, existe el principio de que éstos son válidos si han sido concluidos de acuerdo con las reglas vigentes en el lugar de su celebración. El principio suele expresarse con la fórmula *locus regit actum.* La expresión "condiciones de forma" se opone, en la terminología jurídica, a "condiciones de fondo". Algunos autores, como Niboyet, hablan de "formas extrínsecas" y "formas intrínsecas". "Para que un acto jurídico sea válido, debe reunir determinadas condiciones de fondo (llamadas, en otros tiempos, formas intrínsecas) y acomodarse a ciertas condiciones de forma (formas extrínsecas). Así, un matrimonio supone, ante todo, que los cónyuges reúnen condiciones de validez en cuanto al fondo y, además, que la celebración ha tenido lugar en las formas prescritas por la ley. Para que un testamento sea válido, no basta con que el testador reúna las condiciones de capacidad legal; es preciso, además, que su voluntad haya sido expresada de una cierta manera (formas extrínsecas). En este último sentido es en el que el Derecho Internacional Privado se ocupa de la forma extrínseca de los actos." [17]

La regla se halla expresada en el Código Civil de 1928 con las siguientes palabras: "Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito Federal, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución en las mencionadas demarcaciones."

217. SISTEMA DEL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.—En derecho penal vale igualmente el principio general de la territorialidad (art. 1º del citado Código); pero tal principio no es absoluto. Sus excepciones son numerosas, y las más importantes se encuentran consignadas en los artículos 2º a 5º del propio Código. De acuerdo con el 2º, las disposi-

---

[17] NIBOYET, obra citada, pág. 510.

ciones de aquél no sólo son aplicables a los delitos cometidos en el Distrito Federal (tratándose de delitos del orden común) o en el territorio de la República (si son de la competencia de los tribunales federales); también se aplican para sancionar los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República; o los que se cometan en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se ejecutaron.

La misma regla se aplica a los delitos continuos,[18] cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, y a los ejecutados en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros o por un extranjero contra mexicanos, si concurren los requisitos siguientes:

I. Que el acusado se encuentre en la República;

II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquió, y

III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República (art. 4º).

Se admite también la aplicación extraterritorial del Código Penal tratándose de delitos cometidos en los lugares que, si bien no pertenecen, desde el punto de vista geográfico, al territorio de la República, son, sin embargo, considerados como territorio nacional. Se consideran como ejecutados en territorio de la República, de acuerdo con el artículo 5º del mencionado ordenamiento:

I. Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales;

II. Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto;

III. Los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tran-

---

18 Ver artículo 19 del Código Penal.

quilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme al derecho de reciprocidad;

IV. Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores, y

V. Los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas.

INDICE ALFABETICO DE MATERIAS

(Los números hacen referencia a las páginas; los precedidos de n., a las notas.)

A

B

C

E

F

J

L

M

N

O

P

Q

R

REGISTRO DE NOMBRES

(Los números hacen referencia a las páginas; los precedidos de n., a las notas.)

L

LL

M

N

O

P

R

S

T

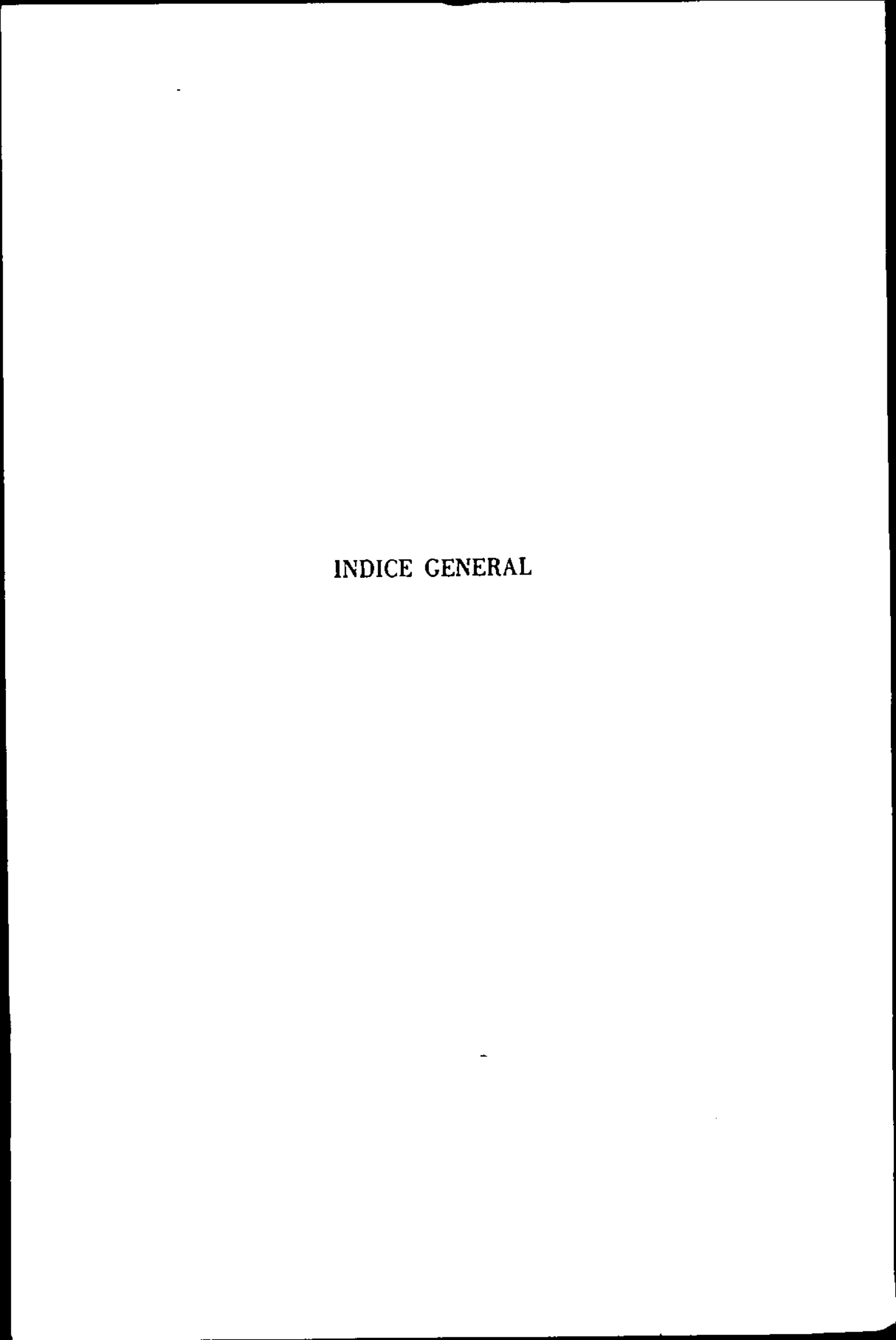
U

V

W

X

Z



INDICE GENERAL

Pág.

Primera Parte
LA NOCION DEL DERECHO

SEGUNDA PARTE

LAS DISCIPLINAS JURIDICAS

Tercera Parte

LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES

CUARTA PARTE

LA TECNICA JURIDICA

Esta obra se acabó de imprimir
El mes de enero del 2002, en los talleres de

E. PENAGOS, S.A. DE C.V.
Lago Wetter No.152 Col.Pensil
11490, México, D.F.